Die zivilrechtliche Haftung aus Empfehlung, Auskunft und Raterteilung

nach schweizerischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Hans Beat Müller

Fürsprecher in Langenthal

1934

BUCHDRUCKEREI MERKUR A. G. LANGENTHAL

Die zivilrechtliche Haftung aus Empfehlung, Auskunft und Raterteilung

nach schweizerischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Hans Beat Müller
von Bolligen
Fürsprecher in Langenthal

MEINEN ELTERN

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

Literaturverzeichnis V

Abkürzungen X

Einleitung 1

ERSTES KAPITEL.

Allgemeines.

1. Begriffliche Abgrenzung von Rat, Auskunft, Empfehlung und Meinungsäusserung 4

2. Rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Ueberblick 12

ZWEITES KAPITEL.

Die Abgrenzung der vertraglich von der ausservertraglich erteilten Auskunft.

I. ABSCHNITT.

Rat, Auskunft und Empfehlung als selbständiger Vertragsinhalt 18

Vorbemerkungen 18

1. Der Vertragsschluss im Allgemeinen 19

2. Der Abschluss des Auskunftsvertrages durch ausdrückliche Willenserklärung 29

3. Der Abschluss des Auskunftsvertrages durch konkludentes Verhalten der Parteien 30

a) Rat- und Auskunfterteilung gegen Entgelt 31

b) Die Rat- und Auskunfterteilung auf Anfrage 35

c) Rat und Auskunft des Sachverständigen 37

d) Die Geschäftsverbindung und andere Haftungsgründe 39

e) Die gewerbsmässige Rat- und Auskunftserteilung und die bundesgerichtliche Praxis 47

Seite

II. ABSCHNITT.

Rat- und Auskunfterteilung in engem Zusammenhang mit einem nachfolgenden Hauptvertrag 53

DRITTES KAPITEL.

Die juristische Natur des Auskunftsvertrages 64

VIERTES KAPITEL.

Voraussetzungen und Umfang der Haftung 74

1. Bei vertraglich erteilter Auskunft 74

2. Bei ausservertraglich erteilter Auskunft 80

FÜNFTES KAPITEL.

Die Erweiterung und die Beschränkung der Haftung 87

1. Die Erweiterung der gesetzlich gegebenen Haftung 87
   A. Bei vertraglich erteilter Auskunft 87
   B. Bei ausservertraglich erteilter Auskunft 92

2. Die Beschränkung der gesetzlich gegebenen Haftung für Verschulden . . 95
   A. Bei vertraglich erteilter Auskunft 95
   B. Bei ausservertraglich erteilter Auskunft 98

Literaturverzeichnis.

Ackermann, Joseph. Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden. Diss. Zürich 1931.

Alsberg, Die Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 15. Jahrgang, 1906, S. 321 ff.

Ambrun, Leopold, Die civilrechtliche Haftung für Auskunfterteilung; Diss. Heidelberg, 1909/10.

Appelt, Alfons, Haftung aus Rat und Empfehlung; Diss. Heidelberg 1909/10.

Averty, Maurice, Le Crédit commercial et la Responsabilité des Entreprises de Renseignements. Thèse Paris 1905.

Barth, A. Die Haftung des Bankiers für fahrlässig falschen Rat. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 21. Jahrgang, 1912, S. 287 ff.

Bendix, Rat und Empfehlung. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 71. Jahrgang, 1906, S. 2 ff.

Bieder, Haftung für fremde unerlaubte Handlungen, in der Zeitschr. f. schweiz. Recht. N. F. Bd. 5 S. 327 ff.

Bleichröder, Hanns von, Die Haftung des Bankiers aus Rat und Empfehlung. Diss. Heidelberg 1912.

Blumenstein, E. Haftung für gewerbliche Auskunfterteilung, in N. Reichesbergs Handwörterbuch der schweiz. Volkswirtschaft, etc., Bern 1903; Bd. II S. 468 ff.

Bluntschli, Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen, Zürich 1855. Bd. 3 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich von Dr. Bluntschli.

Bovensiepen, Die Haftung des Bankiers für Ratserteilung. Bankwissenschaft, 1. Jahrgang. Heft 5 v. 1. Juni 1924 S. 170 ff.

Brand, Die Haftung des Bankiers für Ratserteilung; Deutsche Juristenzeitung, 17. Jahrg. 1912 S. 724 ff.

Brückner, Die rechtliche Stellung und Haftverbindlichkeit der kaufmänn. Auskunftsbureaux (Auskunfteien). Das Recht, 1903 S. 245, 273 ff.

Brunke, Das Recht der kaufmänn. Auskunfteien. Diss. Berlin, 1906.

Brunswig, P. Die vertragsmässige Haftung des Ratgebers. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 56, N. F. Bd. 41, 1905 S. 77 ff.

Bünger, Gustav. Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft nach dem BGB. § 676 BGB. Diss. Jena, 1907.

Burckhardt, C. Chr. Zur Revision des Schadenersatzrechts, in der Zeitsch. f. schweiz. Recht; Bd. 22 S. 498 ff.

Cohn, Erich. Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft nach deutschem, bürgerlichem Recht. Diss. Jena, 1909.

Cramer, Die Crediterkundigung nach der civilrechtlichen Seite. Diss. Erlangen 1896.

v. Dassel, Haftung für Auskunft über Angestellte. Das Recht 1909, S. 733.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 1. und 2. Auflage, Bd. 2 1908 und 1910.

Eckstein, Das kaufmännische Auskunftsbureau nach Zivilrecht. Diss. Leipzig 1907.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 18.—21. Aufl. 1. Bd. 1. Abt. Marburg 1923; 1. Bd. 2. Abt. Marburg 1922.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1931 (zitiert Enneccerus-Kipp-Wolff) 1931.

Everth, Richard, Die Haftung aus Rat, Auskunft und Empfehlung nach bürgerlichem Recht. Diss. Leipzig 1904.

Feil, Fritz. Die Haftung der Banken und Bankiers bei Auskunfterteilung nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung und Rechtssprechung. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 24. Jahrg. 1915 S. 94, 114 ff.

Fick, F. Das schweizerische Obligationenrecht. Kommentar. Zürich 1915 (zitiert Fick).

Fröhlich, Ernst. Vom zwingenden und nicht zwingenden Privatrecht. Diss. Zürich 1922.

Gieschen, Wilhelm. Ein Beitrag zur Haftung wegen falschen Rates, falscher Auskunft und falscher Empfehlung (§ 676 BGB) Diss. Münster i. W. 1929.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, 17. Buch 1. Tit. Erlangen 1813.

Gysin, Arnold. Zur Theorie des Rechtsgeschäftes in Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 65 S. 97 ff. (1929).

Hafner H. Das schweizerische Obligationenrecht, mit Anmerkungen und Sachregister. 2. Aufl. Zürich 1896/1905.

Hecht, Ernst. Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft nach dem geltenden deutschen Recht, Diss. Strassburg 1912.

Hoeniger, Heinrich. Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1910.

Hückstädt. Die Haftung des Ratgebers nach gemeinem Recht und nach dem Recht des BGB. Diss. Greifswald, 1901.

Jacusiel, Auskünfte des Bankiers über seine Kunden, Bankarchiv 1914/15. 14. Jahrg. S. 221.

Jakoby, Die Krediterkundigung nach ihrer wirtschaftlichen und nach ihrer rechtlichen Seite. Diss. Berlin 1891.

Kaifer, Paul, Die Haftung der Auskunftsbureaux nach Vertrags- und Deliktsrecht. Diss. Erlangen 1914.

Kämpfer, Wilhelm, Die Auskunftserteilung nach Privatrecht. Diss. Jena 1902.

Katzenstein, Robert, Die Haftung des Loshändlers, für Empfehlung eines Loses und für Zusicherungen bei dessen Verkauf. Diss. Jena 1913.

Knus, Walter, Die rechtliche Stellung der Informationsbureaux. Diss. Zürich 1896.

Kosack, Curt, Grundzüge für die Haftung aus Rat, Auskunft und Empfehlung. Diss. Erlangen 1913.

Königsberger, Die berufliche Auskunftserteilung und die Stellung der Auskunftsanstalt gegenüber dem Anfragenden. Diss. Tübingen 1907.

Kron, Myron, Wille und Vertrauensschutz beim Vertragsabschluss. Diss. Zürich 1928.

Laband, Das neueste Heft der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. (Bd. 52 Heft 3) Deutsche Jur. Zeitg. 1903 S. 259 (262).

Laur, Ernst, Das Dienstzeugnis im schweizerischen Recht (OR 324). Diss. Zürich 1922.

Laurent, Principes de droit civil français.

Lehmann, Georg, Die Rechtslage der kaufm. Auskunfteien nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Köln 1904.

Leonhard, Franz, Verschulden beim Vertragsschlusse, Berlin 1910.

Leresche, Armand, L'atteinte au crédit en droit civil suisse. Diss. Lausanne 1920.

Lindemann-Soergel, BGB nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. 1923.

Magdalinski, Die Haftung des Ratgebers. Diss. Göttingen 1894.

Melliger, Caspar, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweiz. Obligationenrecht sowie dem bürgerl. Gesetzbuch. Zürich 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin. u. Leipzig, Verlag von J. Guttentag. 1888. (1. Entwurf). Cit. Motive.

Neue Zürcher Zeitung No. 2143 vom 6. November 1929, Mittagsausgabe. Handelsteil, Die Raterteilung des Bankiers.

Oser, Kommentar zum Obligationenrecht; Bd. V des Kommentars zum Schweiz. Zivilgesetzbuch. Zürich 1915 (zitiert Oser Kom.).

Oser-Schönenberger, Kommentar zum Schweiz. Obligationenrecht; Bd. V des Komm. zum Schweiz. Zivilgesetzbuch. Zürich 1929. Von Bd. V, 2 10.—13. Lieferg. gehend bis Art. 321. Von Art. 1—321 zitiert — nach Oser-Schönenberger.

Planck, Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz. Bd. II. 4. Aufl. 1914/1928.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB. Im Auftrage des Reichs-Justizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1898. Cit. Prot.

Rechsteiner, Fritz. Die Verpflichtung aus Gefälligkeit. Diss. Basel 1931. (In Maschinenschrift. 1 Ex. auf der schweiz. Landesbibliothek).

Rieser, Siegfried, Die kaufmännische Auskunftserteilung nach Privat- und Strafrecht. Diss. Zürich 1908.

Schmitt, Die kaufmännische Auskunftei, insbesondere der Auskunftsvertrag. Diss. Stuttgart 1911.

Schulthess L. Zur Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren. Separatabdruck aus d. Zeitschrift f. schweiz. Recht. N. F. Bd. XLVIII Heft 3. Basel 1929.

Schulthess, L. Zur Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung. S. J. Z. XXVII. Jahrg. 1930/31 S. 1 ff.

Simonius, Z Schw R, Bd. 59 N. F. 37, 1918, S. 232 ff.

Sontag, Die Haftung für Auskunftserteilung nach dem BGB. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 12. Jahrg. 1903, S. 141 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Band.

Staudinger's J. v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz; 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig, 1929—1931. Cit. Staudinger.

Stoll, Heinrich, Haftung aus Bescheinigung. Archiv für die civilistische Praxis. N. F. 15. Bd. 1. Heft. 1931 S. 89 ff. (96).

Stoll, Heinrich, Haftung für das Verhalten während den Vertragsverhandlungen. Leipziger-Zeitschrift XVII. Jahrg. 1923 S. 532 ff.

Suter, Robert, Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Bern 1904.

Sutro, Die kaufmännische Krediterkundigung. 1902.

Thibault, Eman. De la responsabilité en matière de renseignements commerciaux. Thèse Paris 1900.

Trachsel, Gottfried, Begriff und Abgrenzung des Werkvertrages nach gemeinem Recht und modernen Gesetzen. Diss. Bern 1923. Als Heft 98 der Abhandlungen zum schweiz. Recht erschienen. Bern 1923, Stämpfli & Cie.

v. Tuhr, Andreas, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. II 1. 1914 (zitiert v. Tuhr, Allg. Teil).

v. Tuhr, Andreas, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924/1925. 1. und 2. Halbband (zitiert v. Tuhr OR I und II).

v. Völderndorff, Haftung aus kaufmännischen Kreditempfehlungen. Buschs Archiv für Handelsrecht. Bd. 35 S. 1 ff.

Wassermann Rudolf, Die Haftung der Referenzfirmen für Auskunfterteilung. Verkehrsrechtliche Rundschau 3. Jahrg. No. 11 vom 25. Dez. 1924 S. 564 ff.

v. Witzleben, Max. Ausserkontraktliche Haftung für blosse Erteilung einer Auskunft oder eines Rates. Diss. Erlangen 1898.

Wolff, Ernst. Die Haftung des Ratgebers. Diss. Berlin 1899.

v. Zahnen, Joseph. Die Haftung des Ratgebers. Diss. Freiburg i. Br. 1899.

v. Ziegler, Eugen. Haftung des Bankiers aus Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 21. Jahrg. 1912, S. 1, 29, 57 ff.

Ziino, Le informazioni commerciali nel diritto privato. Milano 1907.

Zimmermann-Locher, Fritz. Zur Frage der Verantwortlichkeit des Bankiers bei Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren. J. Z. XXVI. Jahrg. 1929/30 S. 273 ff.

Zürcher, Emil. Die Grenzen der Vertragsfreiheit. Diss. Zürich 1902.

Abkürzungen.

BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes.
BlHE	Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen.
BlZüR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Fortsetzung der Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen).
Jour. d. Trib.	Journal des Tribunaux.
JZ	Schweizerische Juristenzeitung.
Revue	Revue der Gerichtspraxis auf dem Gebiete des Bundeszivilrechts. Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht.
RGi.Z	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; cit. nach Bänden der ganzen Reihe.
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Seuff. A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten; cit. nach Bänden der ganzen Reihe.
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

Einleitung.

Das Schweizerische Obligationenrecht enthält — im Gegensatz zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch — keine ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsfolgen, die sich an die Erteilung einer Auskunft, eines Rates, einer Empfehlung oder einer Meinungsäusserung anknüpfen können. Selbstverständlich kommen aber auch in der Schweiz, ebenso gut wie in Deutschland und andern Ländern, Fälle vor, wo sich die Gerichte mit den Haftungsverhältnissen aus angeblich unrichtig erteilter Auskunft oder Empfehlung zu befassen haben. Einige Beispiele aus jüngster Zeit haben dies erneut gezeigt. Die schweizerischen Gerichte sind in solchen Fällen darauf angewiesen, die für ihre Entscheidung massgebenden Grundsätze den allgemeinen Bestimmungen der Gesetzgebung zu entnehmen.

Es soll daher im Folgenden die Prüfung der Frage versucht werden, inwieweit die allgemein gültigen Normen der Gesetzgebung auf die besondern Verhältnisse der Rat- und Auskunfterteilung Anwendung finden können und welche Resultate sich ergeben, wenn dieser einzelne Fall in seiner einmaligen Besonderheit und Eigenartigkeit den für eine ganze grosse Gruppe von Fällen zugeschnittenen Grundsätzen unterstellt wird.

Dabei soll insbesondere das positive Schweizerische Recht in Betrachtung gezogen und die Regelung der Frage in ausländischen Gesetzgebungen, sowie in vergangenen Epochen nur soweit berücksichtigt werden, als dies zum Verständnis der teilweise abweichenden Ordnung im geltenden schweizerischen Recht notwendig erscheint.

Die immer komplizierter und unübersichtlicher gewordenen Geschäfts- und Wirtschaftsverhältnisse haben bewirkt, dass einer zuverlässigen Rat- und Auskunfterteilung immer grössere Bedeutung zugemessen worden ist. Solange die geschäftlichen Beziehungen des Einzelnen sich nicht über einen örtlich eng begrenzten Raum erstreckten und sich in einfachen Formen hielten, war es dem Laien eher möglich, durch eigene Beobachtung und Ueberlegung sich ein richtiges Bild der gegebenen Sachlage zu machen und darauf seinen Entschluss zu fassen. Die gewaltige Ausdehnung aller Wissensgebiete, sowie die fortgeschrittene wirtschaftliche Entwicklung haben dies zum grössten Teil

verunmöglicht. Die Inanspruchnahme des Rates oder der Auskunft einer sachverständigen Person, bei welcher besondere Einsicht, Erfahrung oder Sachkenntnisse erwartet werden, drängt sich in vielen Fällen mit zwingender Notwendigkeit auf. Dabei werden durch die Ratsuchenden natürlicherweise nicht nur Sachverständige angegangen, bei denen die Rat- und Auskunfterteilung ein Teil ihrer Berufstätigkeit oder ihres Gewerbes bildet, wie dies bei den Aerzten, Rechtsanwälten, Notaren, Architekten, Ingenieuren und Auskunfteien der Fall sein mag, sondern auch Personen, die nur unter besonderen Umständen aus persönlichen oder geschäftlichen Rücksichten Rat und Auskunft erteilen, wie Geschäftsleute ihren Geschäftsfreunden (Referenzfirmen!), Bankiers ihren Kunden, aber auch Richter, Reisebureaux, Zeitungen usw. Es ist klar, dass sich daraus Rechtsfolgen, insbesondere Haftungsverhältnisse, mannigfacher Art ergeben können. Einzelne Gesetzgeber, wie diejenigen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, haben diese aus Rat- und Auskunfterteilung entstehenden rechtlichen Beziehungen für so bedeutungsvoll erachtet, dass sie die Aufstellung einer ausdrücklichen positiven Gesetzesbestimmung für notwendig hielten. Dies allerdings nicht zum Mindesten auch deshalb, weil sich eine ausgedehnte und — wie es in einer Frage der Interessenabwägung nicht anders möglich ist — zum Teil sehr kontroverse Literatur mit diesen Verhältnissen eingehend beschäftigt hat.

Bei der Betrachtung dieser Rechtsfolgen sind einmal zwei grundsätzlich verschiedene Gruppen zu unterscheiden: einesteils die strafrechtlichen, andernteils die zivilrechtlichen Folgen. Wie bereits die Umschreibung des Themas zeigt, fallen hier bloss die zivilrechtlichen Folgen und unter diesen im besondern die Haftungs- und Schadenersatzverpflichtungen in Betracht.

Sodann können auf Grund einer Rats- oder Auskunfterteilung Rechtsbeziehungen nicht nur zwischen dem Auskunftgeber und dem Auskunftempfänger entstehen, sondern auch zwischen dem Auskunftgeber und dem Dritten, über den eine Auskunft oder Empfehlung erteilt wird. Diese letztgenannten Haftungsverhältnisse zwischen dem Auskunfterteiler und dem Informaten werden praktisch sogar häufiger zu Schwierigkeiten Anlass geben als die erstgenannten. Sie bieten jedoch nicht dasselbe juristische Interesse, wie die Haftungsgrundsätze, die zwischen dem Auskunfterteiler und dem Auskunftempfänger Platz greifen.

Regelmässig wird nämlich zwischen dem Auskunftgeber und dem Informaten keinerlei Vertrags- oder auch nur vertragsähnliches Ver-

hältnis bestehen, das den Auskunftgeber bei der Auskunfterteilung zur Anwendung vertragsmässiger Sorgfalt verpflichten könnte. Eine mögliche Haftung für schädigendes Verhalten des Auskunfterteilers könnte daher einzig aus den Grundsätzen über die ausservertragliche Haftung wegen unerlaubter Handlung fliessen (Art. 41 ff OR). Ein Zweifel ist in diesem Punkte kaum denkbar, wie denn auch die Gerichtspraxis einmütig diesen Standpunkt einnimmt; eine Darstellung dieser Haftungsverhältnisse zwischen dem Auskunftgeber und dem Informaten müsste sich daher in einer Erörterung der allgemeinen Grundsätze über die Entstehung einer Obligation aus unerlaubter Handlung erschöpfen.

Aus diesen und andern Gründen werden die Rechtsbeziehungen, die entstehen können zwischen dem Auskunftgeber einerseits und dem Dritten, über den die Auskunft erteilt wird, andererseits, nicht in den Kreis der vorliegenden Arbeit einbezogen, sondern nur die Rechtsverhältnisse, die zwischen dem Auskunftgeber und dem Auskunftempfänger wirksam werden können.

Dabei sollen jedoch nicht nur die besonderen Verhältnisse der Auskunfteien (Informationsbureaux) zur Erörterung gelangen, sondern es sollen allgemein die Haftungsverhältnisse untersucht werden, die zwischen dem Erteiler einer Auskunft, eines Rates, einer Empfehlung oder Meinungsäusserung und dem Empfänger dieser Mitteilungen entstehen können.

ERSTES KAPITEL.

Allgemeines.

1. Begriffliche Abgrenzung von Rat, Auskunft, Empfehlung und Meinungsäusserung.

Da das Schweizerische Obligationenrecht keine ausdrücklichen Vorschriften über Rat, Auskunft, Empfehlung, Ansichts- oder Meinungsäusserung enthält [1], fehlt es im schweizerischen Recht an einer gesetzlichen Bestimmung dieser Begriffe. Dasselbe gilt jedoch auch für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, das in seinem § 676 Rat und Empfehlung wohl erwähnt [2], ohne die Bedeutung dieser Begriffe aber näher zu umschreiben. Mangels einer Legaldefinition muss die Tragweite der genannten Bezeichnungen daher aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens hergeleitet werden.

Wissenschaft und Praxis haben sich mit dieser Aufgabe bereits so eingehend befasst, dass über die theoretische Abgrenzung der in Frage kommenden Begriffe heute ziemlich weitgehende Einmütigkeit herrscht.

Rat erteilen heisst danach «einem Anderen zu erkennen geben, was man für ihn und in seiner Lage als das Zuträglichste halte und selbst tun würde, wenn man an seiner Stelle wäre», verbunden mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden, aber für den Beratenen unverbindlichen Aufforderung, dementsprechend zu handeln [3]. Der Rat ent-

---

[1] Vergleiche auch BlHE XIV, 271; BlHE XV, 74; Blumenstein, S. 468.

[2] Die Auskunft ist nicht ausdrücklich genannt.

[3] Vergl. Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Erlangen 1813, 17. Buch, I. Tit. § 960, S. 366; Appelt S. 7; Bünger S. 8; Cohn S. 5; Hecht S. 12; Kaifer S. 4; Rieser S. 7; Wolff S. 8. Anders Brunswig S. 79, welcher die im Rat enthaltene Aufforderung, dem Rat entsprechend zu handeln, als begriffsunwesentlich betrachtet.

Aehnlich wie im Text Becker, N. 48 zu Art. 41 OR: «Das Wesen des Rates besteht darin, dass dem Ratsuchenden ein bestimmtes Verhalten für seine eigenen Geschäfte angesonnen wird: Rat ist mandatum tua gratia.»

hält somit ein Werturteil über eine in der Zukunft liegende Handlung des Beratenen [4]).

Die Empfehlung ist bloss ein Unterfall des Rates, indem bei der Empfehlung der Empfehlende mehr die guten Seiten einer Person oder Sache hervorhebt. Praktisch wichtig ist insbesondere die kaufmännische Empfehlung, d. h. die «Bezeichnung einer bestimmten Person als geeignet, um mit derselben ein faktisches oder ein rechtliches Verhältnis zu begründen» [5]) und die Kreditempfehlung, bei welcher ein Kreditsuchender vom Empfehlenden als kreditwürdig bezeichnet wird.

In einem gewissen Gegensatz zu Rat und Empfehlung steht die Auskunft. Sie ist eine Mitteilung tatsächlichen oder rechtlichen Inhalts über Personen, Sachen oder irgendwelche Verhältnisse [6]). Die reine Auskunft enthält sich somit jeder gutachtlichen Aeusserung darüber, was der Auskunftempfänger tun oder lassen soll. Im Gegensatz zu Rat und Empfehlung erschöpft sich die reine Auskunft in der Mitteilung objektiver Tatsachen; es fehlt ihr die dem Rat und der Empfehlung eigentümliche, ausdrückliche oder stillschweigende Aufforderung an die Adresse des Empfängers, in einem bestimmten Sinne oder überhaupt zu handeln.

Dieses «imperative Moment», welches Rat und Empfehlung gegenüber der Auskunft abgrenzt, scheidet zugleich Rat und Empfehlung auch von der blossen Ansichts- oder Meinungsäusserung.

Theoretisch lassen sich somit Rat, Auskunft und Empfehlung ohne grosse Schwierigkeiten unter sich und gegenüber verwandten Begriffen abgrenzen: während bei der reinen Auskunft lediglich objektive oder subjektive Tatsachen (d. h. solche, die der Auskunftgeber für Tatsachen hält) mitgeteilt werden, soll bei Rat und Empfehlung durch die Aufforderung, in bestimmter Richtung zu handeln, der Wille des Ratempfängers in diesem Sinne beeinflusst werden. Diese deutliche Beeinflussungsabsicht fehlt nun — gleich wie bei der Auskunft — auch bei der blossen Ansichts- oder Meinungsäusserung [7]). Bedeutend schwieriger dürften sich hingegen diese Unterscheidungen in praktischen Fällen gestalten, wie alle diese Ausdrücke denn auch im täglichen Leben keineswegs scharf getrennt und sachlich richtig gebraucht werden. Zudem

---

[4]) Brunswig S. 79; Appelt S. 7.
[5]) ROHG X S. 402.
[6]) Aehnlich Gieschen S. 9; Hecht S. 13; Rieser S. 7; Kämpfer S. 11; Kaifer S. 4.
[7]) Vergl. Becker, N. 48 zu Art. 41 OR.

kann mit einer Auskunft auch ein Rat oder eine Empfehlung verbunden werden; eine derartige Auskunft bildet dann nicht mehr eine reine Auskunft, sondern ein Gemisch von Auskunft, Rat und Empfehlung. Ferner kann der Rat als Begründung zugleich eine Auskunft enthalten oder die Auskunft kann im Sinne eines Rates oder einer Empfehlung erteilt werden. Dieses ist bereits durch die Form der Auskunftserteilung möglich, da der Auskunftgeber schon durch die Art und Weise der Auskunfterteilung einen mehr oder weniger deutlichen Rat zu geben vermag.

Das Gesagte gilt nun aber alles in ebenso hohem Masse auch von der blossen Ansichts- oder Meinungsäusserung. Diese wurde bisher als etwas von Rat und Auskunft grundsätzlich Verschiedenes behandelt und nicht den für letztere geltenden Grundsätzen unterstellt [8]).

Nun kann aber die Aeusserung einer Ansicht oder Meinung über einen bestimmten Sachverhalt in so vielfältiger Form erfolgen, dass sie je nach den beteiligten Personen in allem und jedem dem Rat und der Empfehlung gleichkommen kann. Der angesehene Fachmann braucht dem Laien nicht ausdrücklich ein bestimmtes Verhalten anzuraten oder zu empfehlen; es genügt in vielen Fällen, wenn der Laie seine Ansicht kennt, um sich dieser Ansicht entsprechend zu verhalten. In diesem Falle ist die Ansichts- oder Meinungsäusserung aber nichts anderes als ein fachmännischer Rat [9]). Das Bundesgericht trägt diesen Tatsachen

---

[8]) Vergl. den unten im Text S. 7 behandelten Fall BGE 30 II 258, bestätigt in BGE 37 II 182.

[9]) Z. B. wenn der Arzt seine Ansicht über den schädlichen Einfluss des Alkohols auf den erkrankten menschlichen Körper ausspricht oder der Rechtsanwalt seine Meinung über die Aussichtslosigkeit eines Prozesses äussert oder der Bankier sich dahin vernehmen lässt, dass seiner Ansicht nach ein Kurssturz in einem bestimmten Papier voraussichtlich zu erwarten sei.

Einige in der Praxis vorgekommene Fälle mögen diese Ueberlegung weiter verdeutlichen:

1. BGE 57 II 81. Der Verwaltungsratspräsident einer A. G. erhält eines Tages von einem ihm bisher ganz unbekannten Aktionär folgendes Schreiben:

«Herr Dr. S., Augenarzt in Luzern, hat mich auf Ihre werte Persönlichkeit aufmerksam gemacht und mir mitgeteilt, dass Sie im Verwaltungsrat der . . . . A. G. sind.

Da ich auch Aktionär bin und ein grosser Posten solcher Aktien besitze, möchte ich Sie höflichst anfragen, ob das mir zu Ohren gekommene Gerücht auf Wahrheit beruht, dass die Aktien in absehbarer Zeit gewaltige Einbussen erleiden werden.

Ich wäre Ihnen sehr dankbar, wenn Sie mir die Lage schildern würden, um eventuell dem Gerücht Abhilfe zu tun.»

Darauf erwiderte der Angefragte:

«Es ist mir unerklärlich, warum A . . . . Aktien in nächster Zeit gewaltige Einbussen erleiden sollten. Das Unternehmen ist allerdings kommerziell und finanziell immer noch im Aufbau, aber voll beschäftigt. Gegen spekulative Hausses

daher offenbar zu wenig Rechnung, wenn es im Fall BGE 30 II 258 kurzerhand erklärt (S. 267):

«2. Es ist richtig, dass nach dem BG über das Obligationenrecht auch in ausserkontraktlichen Rechtsverhältnissen für die schädlichen Folgen einer unrichtigen Empfehlung bezw. eines schlechten Rates gehaftet wird . . . Dagegen besteht eine Haftbarkeit für die Folgen einer irrigen Meinungsäusserung im allgemeinen nicht.» [10]) Wenn auch diesem Urteil im Resultat zugestimmt werden kann, so erscheint es doch bedenklich, das Schicksal der Klage von einer derart fragwürdigen Unterscheidung von Rat einerseits und Meinungsäusserung andererseits abhängig zu machen, besonders wenn auf einer Seite ein vollständiger Laie, auf der andern eine anscheinend mit Fach- und Sachkenntnissen ausgestattete Respektsperson steht. Es ist zudem praktisch fast unmöglich, in einem nachfolgenden Verfahren festzustellen, auf welche Art und Weise, sozusagen mit welcher Betonung, der Sachkundige seine Ansicht ausgesprochen hat, so dass auch aus diesem Grunde eine derart subtile Unterscheidung nicht den entscheidenden Ausschlag geben sollte.

Wenn daher der theoretische Unterschied zwischen Rat und Empfehlung einerseits, Ansichts- oder Meinungsäusserung andererseits durchaus anerkannt werden soll, ja sogar dem Bundesgericht darin beizustimmen ist, dass theoretisch eine reine Ansichtsäusserung als solche keine Haftung zu erzeugen vermag, so wird es sich doch empfehlen,

---

und Baisses sind wir allerdings machtlos. Der seinerzeitige Kurs von Fr. 435.— war zu hoch. 400.— bis 410.— entspricht ungefähr der Realität unter Eskomptierung der zukünftigen Aussichten.»

Hat der Verwaltungsratspräsident hier eine Auskunft gegeben oder seine Meinung geäussert? Nach der im Text gegebenen theoretischen Abgrenzung scheint es eine Auskunft zu sein. Aber wo findet sich der Richter, der es verantworten möchte, von einer derartigen Unterscheidung das Schicksal der auf die Auskunfterteilung gestützten Verantwortlichkeitsklage abhängig zu machen?

2. ZBJV 54. 302. Auf die Bitte einer ihm unbekannten Firma um einige Auskunft über einen seiner Kunden antwortete der Beklagte: «En réponse à votre demande sur M. H. . . . Celui-ci est un client de moi depuis passé 8 ans, et jusqu'à aujourd'hui je suis content avec son payement. Agréez, Monsieur etc.»

Auch hier kann man darüber streiten, ob Beklagter über die Zahlungsweise des Herrn H. eine Auskunft gegeben hat, oder ob er bloss seine Meinung äusserte («je suis content»).

Die Beispiele könnten beliebig vermehrt werden.

[10]) Wie das BGer in seinem Urteil feststellte, hatte der Gemeindeammann einer kleinen Gemeinde, anlässlich einer Testamentseröffnung, die er von Amtes wegen vorzunehmen hatte, den anwesenden Erben gegenüber die Ansicht ausgesprochen, dass das vom Erblasser hinterlassene Testament angefochten werden könne, weil es einen unklaren Ausdruck enthalte und dass daraus ein kostspieliger Prozess entstehen könne. Darauf erklärte die Witwe des Verstorbenen, eine in einfachen Verhältnissen lebende und durchaus unerfahrene Frau, die ohne Beistand zur Testamentseröffnung erschienen war, prozessieren wolle sie nicht, son-

an diese Unterscheidung im praktischen Fall keine folgenschweren Konsequenzen zu knüpfen.

Es ist nämlich von jeher anerkannt worden, dass die juristischen Folgen, die aus der Erteilung von Rat, Auskunft und Empfehlung entstehen können, in jedem der drei Fälle gleichartige sind [11]). Allerdings erwähnt § 676 BGB ausdrücklich nur Rat und Empfehlung; aus den Motiven zum BGB geht jedoch hervor, dass auch die Auskunft unter diese Bestimmung fällt [12]). Schon die Tatsache, dass die drei Begriffe wesensverwandt sind, rechtfertigt ihre gleiche juristische Behandlung. Für die Begriffe Rat und Empfehlung ist dies implicite auch durch die schweizerische Praxis ausgesprochen worden [13]). Im praktischen Resultat kommt ihnen aber auch die blosse Ansichts- oder Meinungsäusserung durchaus gleich; denn, genau wie Auskunft und Rat, wird auch die Ansichtsäusserung entweder in der Sphäre des gesellschaftlichen Lebens erfolgen und rechtliche Folgen überhaupt nicht haben, oder sie wird auf vertraglicher Grundlage beruhen, wobei der seine Meinung Aeussernde volle vertragliche Sorgfalt anzuwenden hat [14]) oder sie wird zwar ausservertraglich erfolgen, aber eine Haftung des Aeussernden kommt deshalb in Frage, weil durch die Ansichts- oder Meinungsäusserung möglicherweise die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllt werden könnten. Dies soll später noch eingehender ausgeführt werden. Wie sich jedoch zeigen wird, wird die Regelung, wie sie auf Grund des schweizerischen Rechts für Rat und Auskunft getroffen werden muss, auch der blossen Meinungsäusserung vollständig gerecht.

---

dern sie ziehe vor, dass nach Gesetz geteilt werde. In diesem Sinne schloss sie mit den übrigen Erben eine schriftliche Vereinbarung ab und verzichtete darin auf die Teilung der Erbschaft nach Testament und damit auf einen Vorausbezug von Fr. 14,000.— im damaligen Geldwert (1904). Die vom Gemeindeammann geäusserte Ansicht war aber eine irrige gewesen, indem der von ihm erwähnte unklare Ausdruck keineswegs den Vorausbezug von Fr. 14,000.—, sondern einen ganz anderen, mit diesem Vorausbezug in keinem Zusammenhang stehenden Punkt betroffen hatte. Das BGer hat die auf Art. 50 a OR gestützte, gegen den Gemeindeammann angehobene Schadenersatzklage abgewiesen mit der wesentlichen Begründung, dass wohl eine Haftbarkeit für die Folgen einer unrichtigen Empfehlung oder eines schlechten Rates bestehe, nicht aber eine allgemeine Haftbarkeit für die Folgen einer irrigen Meinungsäusserung, da anzunehmen sei, dass jene allerdings bedauerliche Bemerkung des Gemeindeammanns seiner damaligen redlichen Ueberzeugung entsprochen habe.

[11]) Gieschen S. 11; Hecht S. 14; Kämpfer S. 12; Bünger S. 9; Brunswig S. 80; v. Witzleben S. 7; Staub Kom. 12. u. 13. Aufl. Anhang zu § 349; usw.

[12]) Vergl. Motive zu § 604, jetzt § 676 BGB, Bd. 2 S. 554.

[13]) BGE 53 II 341.

[14]) Vergl. in diesem Sinne Fick, N. 63 zu Art. 394: Dahin (d. h. zu den in Art. 394 OR genannten «Diensten») gehören auch alle Gutachten und Meinungsäusserungen der Gelehrten und Fachleute. S. das Beispiel in JZ 9.325.

Es steht daher nichts entgegen, dass auch die blosse Ansichts- oder Meinungsäusserung grundsätzlich den Bestimmungen über Rat, Auskunft und Empfehlung unterstellt wird. Die praktische Folge dieser Feststellung ist die, dass im einzelnen Fall eine eingehende Untersuchung darüber, welche Art der Aeusserung vorliege, sich erübrigt, da sich an alle hier erwähnten Begriffe — Rat, Auskunft, Empfehlung, Ansichts- oder Meinungsäusserung -- grundsätzlich die gleichen juristischen Folgen knüpfen [15]). Allen hier in Frage kommenden Arten der Aeusserung ist nun gemeinsam, dass sie bloss «Beiträge zur Willensbildung» des Empfängers sein wollen. Auch die Praxis hat dies ausgesprochen, indem erklärt wird, dass die Auskunft nur den Zweck habe, dem Auskunftempfänger den Entschluss zu erleichtern [16]), nicht aber, ihm den selbständigen Entschluss zu ersparen oder mit andern Worten: «Der blosse Rat als solcher ist kein Willensakt, sondern kann nur möglicherweise für den Ratsuchenden der Beweggrund werden, wodurch er, ohne dass dadurch die Freiheit seines Entschlusses irgend gebunden wäre, sein eigenes Wollen in einer gewissen Richtung bestimmt». [17])

Der Empfänger eines Rates oder einer Empfehlung bleibt trotz der darin liegenden Aufforderung, in einem bestimmten Sinne zu handeln, vollständig Herr seines Entschlusses. Er braucht sich in keiner Weise an diese Aufforderung des Ratgebers zu kehren, die in der Regel auch nicht ausdrücklich erteilt wird, sondern aus der Form der Aeusserung herauszulesen ist. Dasselbe gilt natürlich auch von Auskunft und Ansichtsäusserung, die ihrem Wesen nach ein imperatives Moment überhaupt nicht enthalten.

Andererseits ist klar, dass durch die Befolgung eines Rates die Verantwortlichkeit des Ratgebers nicht aufgehoben wird, da erst durch die Befolgung der Rat für einen möglicherweise eintretenden Schaden kausal werden kann. [18])

Rat, Auskunft usw. können sowohl auf Anfrage hin erteilt werden, wie ohne solche. Bei der Auskunft insbesondere wird eine Anfrage die Regel sein. [19]) Umgekehrt kann ein Rat, eine Empfehlung usw. dem Emp-

---

[15]) Im Folgenden wird jeweils ein Ausdruck für alle übrigen verwendet, sofern nicht ausdrücklich bemerkt ist, dass das Gesagte einzig für den besonders genannten Begriff Geltung haben solle.

[16]) BGE 38 II 607.

[17]) Seuff. A. Bd. 32 NF 2. Bd. Nr. 45.

[18]) Vergl. BGE 21 S. 1227.

[19]) Beispiele für Ausnahmen von dieser Regel bieten die Fälle in BlHE XIV S. 269 und Jour. d. trib., 1910, Bd. 58 S. 233 Urteil des BGer i. S. Banque Populaire de Fribourg c. Cayrac.

fänger auch aufgedrängt werden. In diesen Fällen hat der Ratende offenbar ein Interesse daran, dass der Ratempfänger in einem gewissen, von ihm gewünschten Sinne handle und es stellt sich nun die Frage, ob es für den Ratsbegriff wesentlich sei, dass der Rat im alleinigen Interesse des Beratenen erteilt werde, wie dies vielfach behauptet worden ist. [20])

Diese Auffassung, dass Rat nur vorliege, wenn die Aeusserung im alleinigen Interesse des Beratenen erfolge, stammt aus dem römischen und gemeinen Recht, wo von einer ganzen Reihe von Schriftstellern das «consilium» dem «mandatum tua gratia» gleichgestellt wurde. [21]) Für die Römer war aber das Kriterium für die Unterscheidung des Mandates in seine verschiedenen Arten der Umstand, in wessen Interesse der Auftrag erfolgte (mandatum mea, aliena, tua gratia usw.). Wenn somit das consilium mit dem mandatum tua gratia identisch sein sollte, so musste es im alleinigen Interesse des Mandatars d. h. des Ratempfängers erteilt werden.

Nun lässt sich aber nicht verkennen, dass nach heutiger Auffassung ein Rat, eine Empfehlung usw. vorliegen können, auch wenn sie nicht im alleinigen Interesse des Empfängers erteilt werden, es wäre denn, man wollte unter Rat und Empfehlung einzig den guten, sachlich richtigen, für den Empfänger nützlichen Rat verstehen. Ein derartiger Rat wäre allerdings im Interesse des Beratenen erteilt. Nun wird aber niemand bestreiten wollen, dass es Fälle gibt (gerade diejenigen, welche dann die Gerichte beschäftigen), wo der erteilte Rat nur scheinbar im Interesse des Ratempfängers erteilt wird und wo in Tat und Wahrheit der Rat einzig den Interessen des Ratgebers dient. In diesen Fällen wird der Rat eben ein schlechter Rat sein; er bleibt aber ein Rat, wenn er auch ein unsachgemässer, ein dem Beratenen möglicherweise Schaden bringender Rat ist. In diesem Sinne wird sowohl im Sprachgebrauch des täglichen Lebens, wie in der juristischen Literatur und Praxis sowohl von einem «guten» wie von einem «schlechten» Rat gesprochen. Ein solcher, im alleinigen Interesse des Ratgebers liegender Rat wird meist kein wohlgemeinter, in guten Treuen, sondern möglicherweise ein dolos erteilter Rat sein. Aus einem solchen Rat entspringt aber gerade eine weitgehende Haftpflicht des Ratgebers, so dass der schlechte, im teilweisen oder alleinigen Interesse des Raterteilers liegende Rat in den juristischen Folgen bedeutungsvoller ist, als der gute Rat; aus dem

---

[20]) Wolff S. 9; Zahnen S. 2; Hecht S. 12; Cohn S. 6 u. a.
[21]) Vergl. die Zusammenstellung bei Rieser S. 10, Anm. 2.

schlechten, im alleinigen Interesse des Ratgebers liegenden Rat kann die Haftpflicht des Erteilers fliessen. Es ist daher ein Widerspruch, wenn einerseits einem derartigen Rat die Ratsnatur abgesprochen wird, weil er nicht im alleinigen Interesse des Beratenen liegt, und andererseits eine Haftung anerkannt wird, die sich aus einem solchen schlechten «Rat» ergeben könne d. h., dass zum Begriff des Rates einerseits gefordert wird, dass er im alleinigen Interesse des Beratenen liegen müsse, während daneben in eingehender Weise die Folgen eines schlechten, im Interesse des Ratgebers liegenden Rats behandelt werden. Nach dem Gesagten würde ein solcher Rat dem Begriff des Rates gar nicht mehr entsprechen, so dass eine Haftpflicht nicht auf «unrichtige Ratserteilung» gestützt werden könnte.

Es liegt daher auch ein Rat vor, wenn der Ratgeber nur anscheinend dem Beratenen etwas in dessen eigenem Interesse anrät, während in Wahrheit der Rat den alleinigen Interessen des Raterteilers dient. So hat auch die Praxis eine unrichtige, den Interessen des Empfehlenden dienende Kreditempfehlung durchaus nach den Grundsätzen über Rat und Empfehlung behandelt [22]); denn unter «Rat» ist nicht bloss der gute, sondern ebensosehr der schlechte, arglistige Rat zu verstehen.

Mit diesen Ausführungen soll bloss gezeigt werden, dass eine Begriffsumschreibung, die verlangt, dass ein Rat im alleinigen Interesse des Beratenen liegen müsse, viel zu eng ist, höchstens den unbedingt guten Rat umfasst und durch die Eigentümlichkeit des römischen Rechts bedingt war.

Dazu kommt nun, dass nicht einmal der sicherlich gute, für den Empfänger nützliche Rat im a l l e i n i g e n Interesse des Beratenen zu liegen braucht, sondern der Rat kann gut, sachlich richtig und im Interesse des Ratempfängers erteilt werden und trotzdem kann zugleich der Ratgeber ein eigenes, wirtschaftliches Interesse an seiner Erteilung haben (abgesehen von der Leistung einer Vergütung). Zu denken ist hier besonders an den Bankier, der zweifellos einen guten, im Interesse des Ratsuchenden liegenden Rat zu geben vermag, der zugleich in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse liegt (durch späteren Abschluss eines Geschäftes mit dem Beratenen im Sinne des erteilten Rates). Der Umstand, in wessen Interesse der erteilte Rat liegt, kann daher höchstens für die Beurteilung seiner Qualität von Bedeutung sein, nicht aber als begriffswesentliches Merkmal eine Rolle spielen.

---

[22]) Vergl. BlHE. XIV S. 271.

2. Rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Ueberblick.

Wie bereits festgestellt wurde, ist der Auskunftempfänger nicht verpflichtet, im Sinne der erhaltenen Auskunft zu handeln, ja, auch nur, überhaupt auf Grund eines Rates usw. sich zu irgend etwas zu entschliessen. Fasst er aber einen Entschluss, so steht es wiederum in seinem freien Belieben, ob und inwieweit er den erhaltenen Rat bei seiner Willensbildung mitberücksichtigen will.

Diese zu allen Zeiten unverrückbare Tatsache hatte bereits das römische Recht erkannt und klar ausgesprochen [1]). Mit den römischen Quellenstellen wird meistens nachgewiesen, dass eine Verpflichtung zur Befolgung des Rates nicht bestehe, während diese Quellen doch einzig dartun, dass die römischen Juristen diese Tatsache des täglichen Lebens erkannt und daraus ihre Schlüsse gezogen hatten. Da die römischen Rechtsquellen neben dem Ausdruck consilium auch noch den Begriff mandatum tua gratia kannten und davon sagten, dass cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium quia nemo ex consilio mandati obligatur [2]), entstand im gemeinen Recht hefliger Streit darüber, ob consilium und mandatum tua gratia identische Begriffe seien. Diese Streitfrage wurde von der herrschenden Meinung bejaht [3]), so dass sofort die weitere Frage entstund, aus welchen Gründen das mandatum tua gratia — obwohl eine Form des Mandats — unverbindlich sei. Ueber diese gemeinrechtlichen Streitfragen, die heute z. T. bedeutungslos geworden sind, gibt eine grosse Literatur erschöpfend Auskunft, so dass es sich erübrigt, hier näher darauf einzutreten.

Im gemeinen Recht war aber weiterhin umstritten, in welchen Fällen und in welchem Masse der Erteiler einer Auskunft durch den Auskunftsempfänger haftbar gemacht werden könne. So ist von einer Minderheit, entgegen der herrschenden Lehre, die Auffassung vertreten worden [4]), dass durch jeden auf Anfrage erteilten Rat zwischen Ratgeber und Ratempfänger stillschweigend ein Vertragsverhältnis zu Stande komme, wodurch der Ratgeber bei seiner Raterteilung zu vertragsgemässer Sorgfalt verpflichtet werde.

---

[1]) Vergl. 1.2 § 6 i. f. D. 17.1: .... nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium. Ebenso § 6 J. de mand. III. 26.

[2]) 1.2 § 6 D. 17.1; § 6 J. de mand. III. 26.

[3]) Vergl. oben S. 10. Ferner Bleichröder S. 25 und die in seiner Anm. 2 zitierte Literatur; Zahnen S. 6; Everth S. 18; Kosack S. 11 u. a.

[4]) Besonders v. Völderndorff in Busch's Archiv für Handelsrecht, Bd. XXXV S. 1 ff.

Mit dem ausgesprochenen Zwecke, allen diesen gemeinrechtlichen Streitfragen durch eine gesetzliche Regelung des Instituts ein Ende zu machen, ist in das BGB eine ausdrückliche Bestimmung darüber aufgenommen worden. § 676 BGB schreibt nun vor:

«Wer einem Anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet». [5])

Diese Vorschrift erscheint bei oberflächlicher Betrachtung als eine Sonderbestimmung über Rat und Empfehlung. Das Eigentümliche daran aber ist, dass dies keineswegs zutrifft.

Indem nämlich der § 676 BGB erklärt, dass derjenige, der einem Anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, zum Ersatze des aus dessen Befolgung möglicherweise entstehenden Schadens nicht verpflichtet ist, will er nur ausdrücken, dass die blosse Ratserteilung a n s i c h nicht haftbar mache. Es wird somit die im gemeinen Recht vorhandene, oben erwähnte Ansicht abgelehnt, wonach aus der blossen Ratserteilung a l s s o l c h e r ein Vertragsverhältnis entstehe und schon daraus die Haftbarkeit des Ratgebers fliesse. § 676 BGB sagt somit nichts anderes, als dass aus der blossen Tatsache der Auskunfterteilung noch keine Verantwortlichkeit für den Auskunftgeber entstehe, allerdings «unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit». Liegt somit der Ratserteilung ein Vertragsverhältnis zu Grunde oder erfüllt sie die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung, so kann d a r a u s eine Haftungsmöglichkeit für den Ratgeber entstehen; denn es ist klar, dass sowohl aus Vertrag als auch aus unerlaubter Handlung gehaftet werden kann und dass bei Fehlen eines solchen Haftungsgrundes eine Haftung rechtlich nicht zu begründen ist, sofern nicht eine besondere, ausdrückliche Vorschrift sie anordnet (z. B. bei der Kausalhaftung).

Der § 676 BGB erklärt somit nichts anderes, als dass auch bei der Rat- und Auskunfterteilung die allgemeinen Rechtsgrundsätze des deutschen Rechts zur Anwendungen gelangen und zwar ohne jede Beschränkung oder Besonderheit [6]).

---

[5]) Der § 676 umfasst auch die Auskunft, s. oben S. 8.

[6]) Vergl. auch B r u n s w i g S. 78 und die in seiner Anm. 3 angeführte Literatur.

Trotzdem ist die Aufnahme des § 676 ins BGB nicht ohne Grund erfolgt. Die Protokolle und Motive zum BGB geben darüber deutlich Aufschluss. So z. B.: «[7]) Auf der andern Seite empfehle es sich nicht, über die Haftung wegen Ratserteilung ganz zu schweigen. Eine solche Haftung lasse sich nämlich nicht nur aus den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen ableiten, sondern werde von einer verbreiteten Ansicht darauf gegründet, dass derjenige, welcher sich zur Erteilung eines Rates herbeilasse, sich durch stillschweigenden Vertrag zur Anwendung ordentlicher Sorgfalt bei der Ratserteilung verpflichte. Von dieser Grundlage gelange man zur Haftung desjenigen, der den Rat erteile, für jede Fahrlässigkeit. Solle daher die Haftung auf Arglist beschränkt werden, so bedürfe es einer ausdrücklichen Vorschrift, welche, da sie sich gegen die Annahme einer vertragsmässigen Verpflichtung richte, in die Lehre von den Verträgen gehöre und dort wegen der inneren Verwandtschaft des Verhältnisses mit dem Auftrage am besten zu den von diesem handelnden Bestimmungen gestellt werde.»

Aus den Motiven zu § 604 BGB [8]) (jetzt § 676) ist auch am besten ersichtlich, auf welchem Boden das BGB hinsichtlich des Umfanges einer eventuellen Haftung steht, indem deutlich erklärt wird, dass der Auskunftgeber im ausservertraglichen Verhältnis nur bei arglistig erteilter Auskunft hafte. In diesem Punkt weicht das OR entschieden vom BGB ab, was später noch ausgeführt werden soll. Nun vorerst die Motive: «Der Wille, sich zu obligieren (d. h. bei der Ratserteilung), fehlt gewöhnlich, und derjenige, welcher den Rat oder die Empfehlung empfängt, handelt, wenn er sie befolgt, auf seine Gefahr. Letzteres erleidet eine Ausnahme nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die actio doli, wenn der den Rat oder die Empfehlung Erteilende arglistig gehandelt hat; er haftet für den Ersatz des dem Anderen aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstandenen Schadens aus seinem Delikte, nämlich auf Grund seiner Arglist. Indem der Entwurf dies ausspricht, ist die in Theorie und Praxis noch nicht verschwundene Ansicht, es müsse auch für culpa, mindestens für culpa lata, eingestanden werden, zurückgewiesen. Die Entscheidung dieser Streitfrage ist um so nötiger, je zahlreicher, namentlich bei Erkundigungen nach Solvenz und Kreditwürdigkeit, die Fälle sind, in welchen ein Anspruch wegen eines dem Ratenden oder Empfehlenden zur Last fallenden Versehens erhoben wird.» usw.

---

[7]) Prot. Bd. 2 S. 664.
[8]) Motive Bd. 2 S. 554.

Wie diese Stellen zeigen, hatte der § 676 BGB insbesondere den Zweck, den Umfang der Haftung des Raterteilenden festzusetzen und damit den gemeinrechtlichen Streitfragen ein Ende zu machen.

Im Gegensatz zum deutschen BGB fehlt es sowohl im französischen wie im schweizerischen Recht an einer ausdrücklichen Bestimmung über das fragliche Rechtsinstitut. Wie nach deutschem, so ist jedoch auch nach französischem Recht nicht streitig, dass die blosse Erteilung von Rat und Auskunft an sich, zwischen dem Auskunftgeber und dem Auskunftempfänger noch kein Vertragsverhältnis begründet, [9]) Mangels einer Sonderbestimmung müssen daher nach französischem Recht in dieser Materie die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung gelangen.

Dasselbe gilt für das schweizerische Obligationenrecht.

Da eine ausdrückliche Bestimmung fehlt und trotzdem die Notwendigkeit einer Regelung auch dieses Rechtsgebietes besteht, müssen dafür die allgemeinen gesetzlichen Grundsätze herangezogen werden.

Erwähnt mag noch werden, dass lange vor dem Inkrafttreten des deutschen BGB bereits das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom Jahre 1853/56 in seinen §§ 1161 bis 1165 eine sehr eingehende, gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse bei Erteilung von Rat und Empfehlung gegeben hat. Es steht in den Hauptpunkten auf dem Boden des gemeinen Rechts und hat entsprechend der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre bestimmt, dass der blosse, einem Andern gegebene Rat, etwas zu tun oder zu unterlassen, den Ratempfänger nicht zur Befolgung des Rates und den Ratgeber nicht zum Schadenersatz verpflichte, wenn aus der Befolgung des Rates Schaden entstanden ist. Dies gilt in genau gleicher Weise für die gewöhnliche Empfehlung, während auch hier die Auskunft nirgends ausdrücklich erwähnt wird. Das zürcherische Obligationenrecht hat damit ausgesprochen, dass durch die blosse Erteilung und Inempfangnahme eines Rates oder einer Empfehlung ein Vertragsverhältnis unter den Parteien nicht begründet werde [10]); entsprechend der gemeinrechtlichen Lehre haftet vielmehr der Ratgeber in diesem Falle (d. h. im ausservertraglichen Verhältnis) bloss, wenn er «absichtlich schädlichen Rath oder Empfehlung gegeben hat» [11]). Diese kantonalrechtlichen Bestimmungen sind mit dem Inkraft-

---

[9]) Vergl. Aubry et Rau, Droit civil français, IV p. 635; Pothier, Oeuvres IV p. 218 N. 20; Laurent, XXVII. N. 357; Zachariae von Lingenthal, Handb. d. franz. Zivilrechts II § 390 S. 681 Note 4.

[10]) Vergl. die Anm. zu § 1161 im Komm. von Dr. Bluntschli zum Zürch. Pr. rechtl. Ges. buch.

[11]) § 1162 des Zürch. Pr. rechtl. Ges. buches.

treten des alten schweizerischen Obligationenrechts am 1. Januar 1883 aufgehoben worden, wie das Bundesgericht dies ausdrücklich festgestellt hat [12]) und wie dies auch ohne weiteres verständlich ist.

Für die grosse deutsche Literatur, die sich mit der Frage der Haftbarkeit des Auskunftgebers befasst hat, ist nun regelmässiger Ausgangspunkt ihrer Betrachtungen der § 676 BGB. Da diese Vorschrift ausdrücklich bestimme, dass bei der blossen Ratserteilung an sich eine Schadenersatzpflicht des Erteilers nicht eintrete, «unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit», werde gleichzeitig bestimmt, dass in dem blossen Erteilen und Empfangen einer Auskunft noch kein Vertragsschluss erblickt werden könne und darin auch keine unerlaubte Handlung liege. Es handle sich vielmehr bei der Auskunfterteilung um eine reine Gefälligkeit von Seiten des Auskunftgebers, die der Sphäre des geselligen Lebens angehöre [13]); daraus wird gefolgert, dass der Rat somit Rechtswirkungen nicht haben könne, sofern nicht bestimmte Umstände zur Ratserteilung hinzutreten oder in der Auskunfterteilung selber liegen, wie Vertrag oder unerlaubte Handlung.

Grundlage und Ausgangspunkt für die deutsche Literatur ist somit die behauptete Voraussetzung, dass die Ratserteilung eine reine Gefälligkeit sei, überhaupt nicht auf rechtlichem Gebiet liege und somit nicht geeignet sei, Rechtswirkungen zu erzeugen. Für diese Art der Ueberlegung findet sich eine willkommene Stütze in § 676 BGB.

Da das schweizerische Recht eine ähnliche Bestimmung nicht enthält, dürfte es logisch richtiger sein, entsprechend dem System des Gesetzes umgekehrt zu folgern: es soll nicht davon ausgegangen werden, dass die blosse Ratserteilung feststehendermassen in das Gebiet des geselligen Lebens gehöre und somit eine Rechtswirkung nicht erzeuge, sondern umgekehrt: wenn eine Untersuchung der Verhältnisse ergibt, dass in der blossen Ratserteilung an sich, auf Grund der allgemeinen Grundsätze des OR, weder die Tatbestandselemente des Rechtsgeschäftes noch diejenigen der unerlaubten Handlung gefunden werden können, so muss daraus geschlossen werden, dass eine Haftpflicht des Auskunftgebers in diesem Falle nicht besteht und die Ratserteilung keine Rechtswirkungen erzeugen kann. Denn es ist undenkbar, dass auf Grund des OR eine Haftpflicht für schlechten Rat auf andere rechtliche Grund-

---

[12]) Urteil vom 18. Juli 1885 in BGE 11 No. 55 S. 362.

[13]) Vergl. Planck, Bürgerl. Ges. buch, Berlin 1907, II. Bd. S. 677; Bleichröder, S. 33. Prot. Bd. 2 S. 380; u. a.

lagen gestützt werden könnte, als auf die Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte oder unerlaubten Handlungen. Die ungerechtfertigte Bereicherung als Entstehungsgrund einer Obligation scheidet hier offenbar ohne weiteres aus. Sollte somit entgegen den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäft, insbesondere Vertrag, oder unerlaubte Handlungen eine Haftung bei der Auskunfterteilung doch eintreten, so müsste eine spezielle Vorschrift diese anordnen. Eine solche Vorschrift fehlt aber [14]). Weist daher die blosse Auskunfterteilung als solche weder die wesentlichen Elemente eines Rechtsgeschäftes noch diejenigen einer unerlaubten Handlung auf, so muss mangels einer anderen speziellen Vorschrift eine Haftpflicht des Ratgebers ohne weiteres entfallen.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen: nicht, weil blosser Rat, Auskunft usw. als solche feststehendermassen unverbindlich sind, tritt auf Seiten des Ratgebers eine Haftung für den aus der Raterteilung möglicherweise entstandenen Schaden nicht ein (§ 676 BGB), sondern wenn in einer derartigen Ratserteilung weder der Abschluss eines Rechtsgeschäftes noch die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung gefunden werden können, ist er aus diesem Grunde unverbindlich, da das OR weitere, in Frage kommende, rechtliche Haftungsgründe nicht kennt. Soll daher ein gegen den Auskunftgeber erhobener, aus der Auskunfterteilung hergeleiteter Anspruch rechtlich begründet erscheinen, so muss er stets auf seine kontraktliche oder ausserkontraktliche Basis zurückgeführt werden können. Es ist daher vorerst zu untersuchen, in welchen Fällen und unter welchen Umständen zwischen den Parteien rechtsgeschäftliche Beziehungen vorhanden sind oder der Anspruch auf eine in der Auskunfterteilung liegende unerlaubte Handlung gestützt werden kann. Je nach dem Ergebnis dieser Untersuchung ergibt sich die Verantwortlichkeit des Ratgebers aus dem einen oder dem anderen Rechtsgrunde.

---

[14]) Vergl. oben S. 4. Anm. 1.

ZWEITES KAPITEL.

Die Abgrenzung der vertraglich von der ausservertraglich erteilten Auskunft.

I. ABSCHNITT.

Rat, Auskunft und Empfehlung als selbständiger Vertragsinhalt.

Vorbemerkungen.

Es ist möglich, dass vor dem Augenblick der Auskunfterteilung keinerlei rechtliche oder auch nur tatsächliche (z. B. wirtschaftliche) Beziehungen unter den Parteien bestanden haben. Diese waren sich vielleicht vor der Auskunfterteilung vollkommen fremd und kamen erst zum Zwecke der Auskunfterteilung miteinander in Berührung. Dies trifft besonders zu in den häufigen Fällen der Auskunfterteilung durch eine Referenzfirma oder durch eine Bank über einen ihrer Kunden [1]), dann aber auch bei der Einholung von Rat und Auskunft bei einer Auskunftei, bei

[1]) Besonders häufig ist der Fall, wo dieser Kunde seinen Geschäftspartner, mit dem er in geschäftliche Beziehungen treten will, selber darauf hinweist, dass er bei einer bestimmten Firma oder Bank über ihn Erkundigungen einziehen könne, den Auskunftbegehrenden also selber an diese Referenzfirmen weist, ihm «Referenzen aufgibt». Dem Auskunftsuchenden kann diese Firma oder Bank u. U. bisher völlig fremd gewesen sein. Vergl. die Beispiele: Urteil des B. Ger. vom 16. März 1901 i. S. Kindler & Cie. g. Banque d'Escompte et de Dépôts, Lausanne in Jour. d. Trib., Droit féd. 49me année — 1901 S. 210; amtlich in BGE nicht publiziert. Ferner Urteil des App. hofes des Kt. Bern vom 4. Oktober 1917 i. S. Ponti Gennari & Cie. g. Hennefeld in ZBJV. 54. 302.

einem Arzt, Anwalt usw. Juristische Beziehungen entstehen in diesen Fällen erst durch die Auskunfterteilung selbst, indem die Parteien durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen miteinander einen auf Auskunfterteilung gerichteten Vertrag abschliessen oder aber es entstehen auch durch die Ratserteilung zwischen ihnen keine rechtlich relevanten Beziehungen. Dies ist der Fall, sofern ein Vertragsverhältnis in der Auskunfterteilung nicht erblickt werden kann und der Auskunftgeber auch nicht durch eine unerlaubte Handlung, als welche sich seine Auskunfterteilung darstellen könnte, solche rechtlich erheblichen Beziehungen im ausservertraglichen Verhältnis erst schafft. Die Beziehungen der Parteien gehören in diesem Falle einzig dem Bereiche des geselligen Lebens an.

Umgekehrt ist aber auch möglich, dass bereits vor dem Augenblick der Ratserteilung zwischen den Parteien rechtliche oder auch bloss tatsächliche Beziehungen bestanden haben. Zu berücksichtigen ist hier besonders der Fall, wo die Parteien in Verhandlungen über den Abschluss irgend eines anderen Vertrages standen und im Laufe dieser Verhandlungen die eine Partei der anderen hinsichtlich des abzuschliessenden Vertrages einen Rat oder eine Auskunft erteilt hat. Ueber diese Art der Ratserteilung, wo Rat, Auskunft und Empfehlung im engen Anschluss an ein anderes Vertragsverhältnis erteilt werden, wird später die Rede sein [2]).

Vorerst sollen nun die Wirkungen der Ratserteilung betrachtet werden, wenn vor diesem Zeitpunkt keine rechtlich relevanten, sondern höchstens gesellschaftliche Beziehungen unter den Parteien bestanden haben, diese somit bloss zum Zwecke der Erteilung und der Inempfangnahme einer Auskunft miteinander in Berührung treten. Allerdings gilt dies nicht unbedingt, da beim Abschluss des Auskunftvertrages durch konkludentes Verhalten der Parteien auch eine unter diesen bestehende Geschäftsverbindung in Berücksichtigung gezogen werden muss, wie sich noch zeigen wird.

1. Der Vertragschluss im Allgemeinen.

Da, wie gezeigt, eine Haftung des Auskunftgebers für erteilte Auskunft nur durch den Nachweis begründet werden kann, dass zwischen

---

[2]) Vergl. unten S. 53.

dem Erteiler und dem Empfänger der Auskunft hinsichtlich deren Erteilung entweder rechtsgeschäftliche Beziehungen bestanden haben oder die Auskunfterteilung die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllt, so soll im folgenden vorerst untersucht werden, unter welchen Umständen zwischen Auskunftgeber und Auskunftempfänger das Vorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Verhältnisses bejaht werden kann. Unter den möglichen Arten des Rechtsgeschäfts kommt offenbar nur der Vertrag in Frage, und unter den verschiedenen Arten des Vertragsschlusses spielt bei der Raterteilung der Vertragsabschluss durch konkludentes Verhalten eine ganz besondere Rolle. In der Tat wird nur in wenigen, allerdings wirtschaftlich bedeutenden Fällen der berufs- oder gewerbsmässigen Auskunfterteilung ein Auskunftsvertrag durch ausdrückliche Willenserklärungen abgeschlossen, so dass ein Zweifel an der Vertragsnatur der Auskunftserteilung nicht möglich ist (Auskunfteien usw.); bei allen übrigen Arten der vertraglichen Auskunfterteilung wird der Vertrag stillschweigend durch konkludentes Verhalten der Parteien geschlossen. Es gilt daher vor allem festzustellen, welches Verhalten der Parteien anlässlich der Auskunfterteilung geeignet ist, den zwingenden Schluss auf die Vertragsnatur der Auskunfterteilung zuzulassen.

Eine derartige Untersuchung wird in vielen Fällen nicht bloss der Theoretiker, sondern insbesondere auch der Praktiker durchzuführen haben. Die Grosszahl der Fälle, welche die Gerichte beschäftigen, bilden gerade diejenigen Ratserteilungen, wo die Vertragsnatur mangels einer ausdrücklichen Willenserklärung der Parteien nicht offen zu Tage liegt. Der gegen den Auskunfterteiler vorgehende Kläger ist in derartig unklaren Fällen gerne geneigt, zur juristischen Begründung seiner Schadenersatzansprüche sowohl die Grundsätze über die kontraktliche wie diejenigen über die ausserkontraktliche Haftung des Auskunftgebers heranzuziehen [1]). Der Richter wird sich in einem solchen Falle vor die manchmal nicht ganz leichte Aufgabe gestellt sehen, zu entscheiden, ob die Haftbarkeit des Auskunfterteilers aus der Verletzung einer Vertragspflicht oder aus den Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen fliesse (event. weder aus dem einen noch aus dem anderen). Es ist klar, dass in erster Linie d i e s e Entscheidung getroffen werden muss, da die Lösung aller weiteren Fragen wesentlich davon abhängt, ob der

[1]) Vergl. z. B. die Fälle in BlHE XV S. 73; Bl. Zü. R. 28, No. 58 bes. S. 114; vergl. ferner: H. L e e m a n n: Die Haftbarkeit der Auskunfteien nach Gesetzes- u. Vertragsrecht in JZ V. S. 69.

Auskunfterteiler grundsätzlich nach Vertrags- oder nach Deliktsgrundsätzen haftbar erklärt wird. [2])

Es dürfte sich daher empfehlen, vorerst kurz die allgemeinen begriffswesentlichen Merkmale des Vertragsschlusses und die Kriterien für die Beurteilung des konkludenten Verhaltens einer Partei, in Erinnerung zu rufen. Es wird dies die Richtlinien abgeben, nach denen die Bejahung oder Verneinung eines Vertragsschlusses bei den einzelnen Arten und Umständen der Auskunfterteilung erfolgen soll, so dass sich eine nähere Ausführung dieser Richtpunkte im einzelnen behandelten Falle erübrigen wird.

Es ist — da der Vertrag als «zweiseitiges (mehrseitiges) Rechtsgeschäft» eine Unterart des Rechtsgeschäftes darstellt [3]) — vorerst der Begriff dieses Rechtsinstitutes festzustellen, dies um so mehr, als die allgemeinen Lehren und Regeln über den Vertrag allgemein in der Literatur bereits am Oberbegriff des Rechtsgeschäftes erörtert und entwickelt werden.

Windscheid [4]) definiert das Rechtsgeschäft als «eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung». Aehnlich sprechen sich die Motive zum 1. Entwurf eines BGB aus [5]); sie bezeichnen als Rechtsgeschäft (im Sinne des Entwurfs) eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Wesentlich an dieser Begriffsbestimmung ist insbesondere die Forderung, dass ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich betätigen müsse; denn das dritte Begriffselement, d. h. die gesetzliche Vorschrift, welche die Verwirklichung des bezweckten rechtlichen Erfolges durch Rechtsgeschäft zulässt, ist durch das Reichsgericht in einer vielzitierten Entscheidung [6]) ausdrücklich fallen gelassen worden. Als Rechtsgeschäft wird darin kurzerhand «eine die Hervorrufung privater Rechtsverhältnisse bezweckende private Willenserklärung» bezeichnet und festgestellt, dass diese auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht des Erklärenden im Tatbestande eines Rechtsgeschäftes niemals fehlen dürfe. «Fehlt sie, so liegt ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vor, weder ein wirksames noch

---

[2]) S. unten S. 25/26.

[3]) Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—40 OR, N. 48 und 60; v. Tuhr OR I, § 20 I S. 121. Gysin S. 97/98.

[4]) Lehrbuch, I. 7. Aufl. 1891, 166; 9.. Aufl. 1906, 310, § 69.

[5]) Bd. 1 S. 126.

[6]) RG. i. Z. 68. 324, Urteil vom 1. Mai 1908.

ein unwirksames. Eine derartige Willenserklärung entbehrt völlig des rechtsgeschäftlichen Charakters.»

Das deutsche BGB gibt keine gesetzliche Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts; ebensowenig das schweizerische Obligationenrecht. Dennoch ist von der herrschenden Meinung anerkannt, dass die von Windscheid gegebene Formulierung des Begriffes heute noch allgemein und im besonderen auch für das schweizerische OR gilt. So versteht v. Tuhr [7]) unter «Rechtsgeschäft eine auf rechtliche Wirkung (Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) gerichtete Willensäusserung einer oder mehrerer Privatpersonen». Aehnlich Oser-Schönenberger [8]), die unter Rechtsgeschäft eine Privatwillensäusserung verstehen (mit oder ohne Verbindung mit anderen Elementen), die nach der durchschnittlichen Willensrichtung bezweckt und vermöge der von der Rechtsordnung dem Willen verliehenen Macht auch geeignet ist, eine Rechtswirkung hervorzurufen.

Für unsere Materie wesentlich ist die Tatsache, dass von der herrschenden Meinung zum begrifflichen Tatbestande jedes Rechtsgeschäftes ein auf Rechtsfolgen gerichteter Wille, eine rechtliche Absicht der Erklärenden, gefordert wird [9]). Durch dieses Merkmal des Rechtsfolgewillens werden die Rechtsgeschäfte auch gegenüber dem weiteren Oberbegriff der «Rechtshandlungen» abgegrenzt, d. h. gegenüber dem Inbegriff der erlaubten, rechtserheblichen Privathandlungen, die eine Rechtswirkung hervorbringen, ohne dass der Wille des Handelnden hierauf gerichtet sein muss [10]) (z. B. die Mahnung). Das Rechtsgeschäft ist ebenfalls eine Rechtshandlung, aber eine Rechtshandlung eigener Art.

Für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes genügt es aber nicht, dass ein auf Rechtsfolgen gerichteter Willensentschluss bei einer Person vorhanden ist, sondern dieser Wille muss zudem auf eine in der Aussenwelt verständliche Art und Weise geäussert werden. Solange der Wille nicht durch Handlungen oder Umstände nach aussen in Erscheinung tritt, kann und muss er von der Umwelt nicht beachtet werden und ist demgemäss nicht im Stande, Rechtswirkungen zu erzeugen.

---

[7]) v. Tuhr OR I, § 20 I S. 121.

[8]) Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—40 OR, N. 30.

[9]) Vergl. die Zusammenstellung der Vertreter dieser Theorie bei Gysin S. 108, Anm. 1. Ferner v. Tuhr OR I, § 20 VIII, S. 132.

[10]) Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—4 OR N. 23 und 28; v. Tuhr OR I, §23 I S. 152.

Art. 1 OR verlangt somit für den Abschluss eines Vertrages die übereinstimmenden, gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien, die — fügt die oben dargelegte herrschende Meinung bei — auf die Hervorbringung eines gemeinsamen Rechtserfolges gerichtet sein müssen [11]). Dazu bemerkt das Gesetz expressis verbis (OR Art. 1 II), dass dieser Parteiwille ausdrücklich oder stillschweigend geäussert werden könne.

Nicht jede Aeusserung einer Person ist nun aber bereits Willensäusserung im Rechtssinne. Eine Person kann Aeusserungen tun und scheinbar Erklärungen abgeben, wobei ihr ein Geschäftswille, d. h. eine auf einen Rechtserfolg gerichtete Absicht [12]), völlig fehlt. Solche Mitteilungen sind keine Willensäusserungen im Rechtssinne. Willensäusserung im Rechtssinne sind vielmehr einzig die Geschäftswillensäusserungen; denn ihrem Inhalte nach muss die Willensäusserung auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein, also auf die Begründung, Aufhebung oder Abänderung von Rechtsverhältnissen [13]).

Welches menschliche Verhalten nun geeignet ist, einen vorhandenen Geschäftswillen mit einer für den Verkehr genügenden Deutlichkeit auszudrücken, lässt sich allgemein nicht sagen. Ein vorhandener Wille kann auf zu verschiedene Arten geäussert werden. Führt ein unklar geäusserter Wille zu Missverständnissen und Schwierigkeiten, so kann nachträglich einzig noch durch objektive Auslegung des gesamten Verhaltens einer Partei festgestellt werden, auf was im konkreten Falle der Geschäftswille des Aeussernden gerichtet gewesen war; dabei immer vorausgesetzt, dass die Person einen Geschäftswillen tatsächlich hatte und bloss die Willensrichtung unklar zum Ausdruck gekommen ist.

Nun gibt es aber auch Fälle, wo einer Partei bei einer Aeusserung der Geschäftswille völlig fehlt und bloss scheinbar ihr äusseres Verhalten eine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellt. Ob und wann dies der Fall ist, kann wiederum bloss auf dem Wege objektiver Auslegung dieses Verhaltens festgestellt werden. Handelt es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, so hat sich die Auslegung des Verhaltens naturgemäss auf beide Parteien zu erstrecken.

---

[11]) Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—40 OR N. 48; Everth, S. 51; v. Tuhr OR I, § 20 II S. 122.

[12]) Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—40 OR N. 31; v. Tuhr OR I § 21 I S. 136.

[13]) Enneccerus-Kipp-Wolff, § 136 II, S. 438.

Als Norm für diese Auslegung des menschlichen Verhaltens im Verkehr, damit also auch für die Beantwortung der Frage, ob ein Geschäftswille und bejahendenfalls welcher Geschäftswille dem betreffenden Verhalten zu Grunde gelegen habe, wird die u. U. lokal verschiedene Verkehrssitte betrachtet [14]). Nach den im menschlichen Verkehr gebräuchlichen Anschauungen ist demnach zu entscheiden, ob aus einem bestimmten Verhalten einer Person der notwendige Schluss auf einen vorhandenen Geschäftswillen und ev. auf das Ziel dieses Willens gezogen werden darf.

Ist dies nun tatsächlich der Fall und kann aus einem Verhalten einer Partei auf Grund der allgemeinen Verkehrsitte schlüssig auf das Vorhandensein oder das Ziel eines vorhandenen Geschäftswillens geschlossen werden, so muss sich auch der konkludent Aeussernde gefallen lassen, dass er rechtlich so behandelt wird, als ob er diesen Willen tatsächlich gehabt hätte. Juristisch findet das Verhalten einer Partei in der Weise Beachtung, wie es objektiv in Erscheinung getreten ist und von der Umwelt gemäss der Verkehrsübung aufgefasst werden musste, und nicht, wie der Aeussernde sein Verhalten subjektiv aufgefasst hat. Die Verkehrsübung gibt also die Richtschnur ab für die Entscheidung der Frage, welches Verhalten nach Treu und Glauben einen notwendigen Schluss auf den Bestand und die Art des Geschäftswillens zulasse und zwar gilt die Verkehrsübung nicht bloss als Norm für die Entscheidung, wann ein bestimmtes Verhalten für den diesem Verhalten gewöhnlich entsprechenden Geschäftswillen als schlüssig betrachtet werden dürfe, sondern ebenso sehr für die Frage, wann einer ausdrücklichen Erklärung der rechtsgeschäftliche Bindungswille zukomme und wann nicht, ob somit eine ausdrückliche Erklärung nur dem Gebiet des geselligen Lebens angehöre oder rechtlich relevant sei [15]). Auch eine solche ausdrückliche Erklärung wird mit Hilfe der Verkehrssitte als Richtlinie, daraufhin zu untersuchen sein, ob ihr ein Geschäftswille zu Grunde gelegen habe oder nicht, ob somit der Erklärende durch sie rechtlich gebunden sei oder nicht.

Daraus geht hervor, welch hervorragende Rolle die Verkehrsanschauung bei der Auslegung des geschäftlichen Verhaltens einer Per-

---

[14]) Oser-Schönenberger, N. 9 zu Art. 1 OR. Becker, N. 5 zu Art. 1 OR. Staudinger, Komm. 7./8. Aufl. S. 437; 9. Aufl. 1925, S. 400 ff.

[15]) Z. B. das Versprechen, bei jemandem Musik zu machen, ihn auf einer Reise zu begleiten, ihn bei Krankheit zu besuchen oder jemanden nicht zu betreiben u. s. w. Vergl. Becker, N. 5 zu Art. 1 OR; Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—67 OR, N. 64—66.

son zu spielen berufen ist. Sie entscheidet schlussendlich bei Unbestimmtheit der Aeusserung, worauf ein vorhandener Geschäftswille gerichtet war, ja sogar, ob gegebenenfalls ein Geschäftswille überhaupt unter bestimmten Umständen als vorhanden betrachtet werden darf. Als Willenserklärung im Sinne des OR darf daher füglich dasjenige Verhalten einer Person bezeichnet werden, welches nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmässig den Schluss auf einen bestimmten rechtserheblichen Willen gestattet [16]). Liegt ein derartiges Verhalten vor, so darf rechtlich der diesem Verhalten entsprechende Geschäftswille als vorhanden angenommen werden, auch, wenn er im konkreten Falle fehlen sollte und der Aussernde kann sich nicht darauf berufen, dass er weder einen Geschäftswillen besessen noch, dass sein Verhalten bezweckt habe, den Anschein eines Geschäftswillens in der Umwelt zu erregen.

Wie nun allgemein niemand [17]) verpflichtet ist, irgend einen Vertrag einzugehen, so versteht es sich, dass im besonderen auch niemand verpflichtet ist, einen Auskunftsvertrag abzuschliessen. Betrachtet man den vom Ratsuchenden geäusserten Wunsch nach Ratserteilung als Vertragsantrag, so steht es dem um Rat Angegangenen immer noch frei, diesen Antrag abzulehnen und so den Vertragsschluss gänzlich zu verunmöglichen oder die Offerte mit oder ohne Bedingungen anzunehmen. Es gelten also auch hier die allgemeinen Grundsätze über den Vertragsschluss [18]) und zwar in allen Fällen der Auskunfterteilung, gewerbsmässiger und bloss geschäftsfreundlicher, sofern sie überhaupt unter die Grundsätze des Privatrechts fällt.

Diese Freiheit hat der Ratgeber juristisch in ebenso hohem Masse, wenn sich die Parteien darüber einig sind, dass keine rechtlichen Bindungen zwischen ihnen entstehen sollen, sondern dass es sich bei der Ratserteilung nur um einen blossen Gefälligkeitsdienst des Ratgebers handeln könne. Gefälligkeiten zu erweisen ist rechtlich niemand verpflichtet. Natürlich können Rücksichten des geselligen, freundschaftlichen, wirtschaftlichen Verkehrs so stark sein, dass für den Ratgeber die zwingende Notwendigkeit zur Erweisung dieser Gefälligkeit besteht; allein eine rechtliche Verpflichtung besteht dazu nicht, so dass

---

[16]) Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtgeschäftes, Jena 1899, 1 ff spez. 23 und 26; ebenso Becker, N. 5 zu Art. 1 OR.

[17]) Ausgenommen in den besonderen Fällen des sog. Kontrahierungszwanges (Bahn, Post, Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerke u. s. w.), die hier nicht in Frage kommen.

[18]) Vergl. Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 3—10 OR, N. 24 und 25.

die Nichtbeachtung dieser gesellschaftlichen Rücksichten wohl möglicherweise gesellschaftliche, aber nicht rechtliche Folgen haben kann.

Als oberster Grundsatz gilt daher, dass niemand verpflichtet ist [19]), einer Bitte um Auskunft oder Rat zu entsprechen, gleichgültig, ob der Ratsuchende mit dem Ratgeber einen Auskunftsvertrag abschliessen wollte oder ob er von ihm eine Auskunft aus blosser Gefälligkeit erwartete.

Damit ist aber noch nicht die weitere Frage entschieden, ob der um Rat Angegangene nach Erhalt einer Anfrage um Auskunft überhaupt nicht zu antworten brauche, sondern ohne Nachteil für ihn mit Stillschweigen darüber hinweggehen könne.

Auch hier gelten wieder die allgemeinen Grundsätze über den Vertragsschluss, insbesondere Art. 6 OR in Verbindung mit Art. 395. Art. 6 OR bestimmt: «Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird.»

Es handelt sich hier um den Vertragsschluss durch vollständiges Stillschweigen. Dieses Stillschweigen, d. h. die Nichtablehnung des gestellten Vertragsantrages binnen angemessener Frist, begründet aber nur dann die unwiderlegliche Vermutung für die Annahme des Antrages (praesumptio iuris et de iure), wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten war.

In der Natur des Geschäftes liegt die Vermutung für die stillschweigende Annahme dann, wenn es sich um Geschäfte der in Art. 395 OR erwähnten Art handelt [20]). Art. 395 OR, als strengere Spezialvorschrift für den Auftrag (der Vertragsantrag muss s o f o r t abgelehnt werden, sonst gilt er als angenommen; also nicht binnen a n g e m e s s e n e r Frist, wie es weniger streng Art. 6 OR verlangt), bestimmt: «Als angenommen gilt ein nicht sofort abgelehnter Auftrag, wenn er sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, die der Beauftragte kraft obrigkeitlicher Bestellung oder gewerbsmässig betreibt oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat.»

Da der auf die Erteilung von Rat und Auskunft gerichtete Vertrag seiner juristischen Natur nach unter die gesetzlichen Bestimmungen

---

[19]) Ausser in den im Gesetz besonders genannten Fällen z. B. bei der Pflicht der Verwaltung einer A. G., den Aktionären Aufschlüsse und Auskunft zu erteilen, Art. 641 OR; u. s. w.

[20]) O s e r - S c h ö n e n b e r g e r, N. 5 zu Art. 6 OR.

über den Auftrag fällt — wie später noch dargelegt werden soll [21]) — gelangt auch für die Ratserteilung Art. 395 OR zur Anwendung. Hat sich somit jemand zur Auskunfterteilung öffentlich empfohlen oder betreibt er die Ratserteilung gewerbsmässig, indem er darin einen Teil seines regelmässigen Verdienstes findet, so ist er verpflichtet, ein Ersuchen um Auskunft sofort abzulehnen, wenn er in dem speziellen Fall ausnahmsweise nicht Rat erteilen will. Ein derartiger Ratgeber ist auch hier niemals verpflichtet, im einzelnen Falle Auskunft zu erteilen; da aber sein reines Stillschweigen die unwiderlegliche Vermutung für die Annahme des ihm zugedachten Auftrages schafft, so ist er gezwungen, eine Antwort zu geben, wenn er diese Wirkung des Art. 395 OR vermeiden will.

Ist durch die Unterlassung der sofortigen Ablehnung des ihm zugekommenen Vertragsantrages wider den Willen des Auskunftgebers ein Vertrag zu Stande gekommen und erteilt nun der Auskunftgeber trotzdem die Auskunft nicht, so treten die üblichen Folgen der Nichterfüllung eines Vertrages ein.

Der Zweck dieser Regelung, eine auf vertraglicher Grundlage beruhende Schadenersatzpflicht zu Gunsten desjenigen zu schaffen, der in berechtigtem Glauben auf die Annahme seines Auftrages anderweitige Vorkehren unterlassen hat und dadurch zu Schaden gekommen ist, liegt auf der Hand. Im praktischen Fall dürften hier hauptsächlich schriftliche Aufträge in Frage kommen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass somit niemand verpflichtet ist, Auskunft zu erteilen und ebenso niemand, auf ein Ersuchen um Auskunfterteilung überhaupt zu antworten, sofern in letzterem Falle nicht die Voraussetzungen des Art. 395 OR vorliegen, d. h. der Auskunftgeber weder obrigkeitlich zur Auskunfterteilung bestellt ist und er sich auch nicht allgemein und öffentlich zur Auskunfterteilung empfohlen hat oder die Auskunfterteilung gewerbsmässig betrieben wird [22]).

Dieses rechtliche Resultat entspricht aber auch dem Billigkeitsgefühl, wenn in Betracht gezogen wird, dass die Auskunfterteilung möglicherweise für den Erteilenden nicht bloss unangenehme geschäftliche, sondern auch bedeutende juristische Folgen haben kann; denn der Auskunftgeber steht sowohl geschäftlich wie juristisch zwischen zwei oft

---

[21]) S. unten S. 71 ff.

[22]) Daraus folgt ohne weiteres, dass z. B. eine Referenzfirma, eine Bank u. s. w. keine rechtliche Verpflichtung hat, Begehren um Auskunftserteilung auch nur zu beantworten.

gegensätzlichen Interessen, indem er sowohl das Interesse des Auskunftsuchenden auf wahrheitsgetreue Auskunft als auch dasjenige eines möglicherweise vorhandenen Informaten wahren muss, damit er weder von dem einen noch von dem anderen wegen unrichtiger Auskunfterteilung ins Recht gefasst wird [23]).

Was schliesslich den Inhalt des Auskunftvertrages betrifft, so soll in diesem Abschnitt vorerst der Fall erörtert werden, wo sich dieser Inhalt in der Auskunfterteilung erschöpft, wo der möglicherweise zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag einzig und allein auf die Auskunfterteilung gerichtet ist. Zweifellos kann ein Vertrag eine Auskunfterteilung zum Inhalt haben, da die blosse Auskunfterteilung an sich weder widerrechtlich, noch unsittlich, noch unmöglich ist. Art. 20 OR.

Auf die im gemeinen Recht herrschende Ansicht [24]), dass als Kennzeichen eines rechtlich bindenden, anerkannten Schuldverhältnisses sein Inhalt auf ein Vermögensinteresse, «auf geldwerte Güter» gerichtet sein müsse und auf die weitere Frage, ob die reine Auskunfterteilung diesem Begriff entspreche, braucht hier nicht weiter eingetreten zu werden, da — wenigstens nach schweizerischem OR — anerkannt ist, dass der Inhalt der Obligation nicht notwendig auf Geld oder überhaupt auf ein wirtschaftliches Interesse gerichtet sein muss [25]).

Nachdem in dieser Weise die wesentlichen Voraussetzungen und Erfordernisse für das gültige Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes, insbesondere eines Vertrages, allgemein zusammengefasst und einzelne Punkte hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der Ratserteilung geprüft worden sind, soll im folgenden versucht werden, zu entscheiden, wann und unter welchen Umständen durch die Rat- und Auskunfterteilung ein auf vertraglicher Grundlage beruhendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu Stande kommen kann oder wann ein solches Rechtsverhältnis objektiv als vorhanden betrachtet werden darf. Diese Entscheidung ist nicht bloss von theoretischer, sondern von unmittelbar praktischer Wichtigkeit, da die Rechtsstellung des Auskunftgebers verschieden ist, je nachdem seine Haftbarkeit auf Vertrag oder auf unerlaubte Handlung gegründet wird. Zu erinnern ist hier insbesondere an die verschiedene Verteilung der Beweislast, die bei vertraglicher

---

[23]) Besonders häufig ist der Fall, wo der Informat wegen angeblich kreditschädigender Auskunftserteilung den Auskunftgeber belangt.

[24]) Vergl. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl. I. Band, Berlin 1903, S. 626.

[25]) Vergl. Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—67 OR, N. 79; Becker, N. 22 zu Art. 1 OR; v. Tuhr, OR I, § 7, S. 39 ff.

Haftung dem Ratgeber, bei Haftung auf Grund unerlaubter Handlung hingegen dem Schadenersatzansprecher auffällt [26]); ferner die verschiedenen Verjährungfristen für die Geltendmachung der vertraglichen und deliktischen Schadenersatzhaftung, sowie an die verschiedene Regelung der Vertretungspflicht des Rat- und Auskunftgebers für das schädigende Verhalten Dritter.

2. Der Abschluss des Auskunftsvertrages durch ausdrückliche Willenserklärung.

Am einfachsten liegen die Verhältnisse, wenn sich die beiden Parteien ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) erklären, dass sie einen auf Auskunfterteilung gerichteten Vertrag abschliessen wollen. Der Geschäftswille der beiden Kontrahenten liegt hier klar zu Tage [1]); es entsteht zwischen ihnen durch den Vertragsschluss eine Obligation, die sie rechtlich bindet. Ob im einzelnen Fall der Ratempfänger Offerent ist, indem sein Wunsch nach Raterteilung den Antrag zum Vertragsschluss darstellt, oder ob dies nur eine Einladung an den Ratgeber bedeutet, seinerseits Offerte zu stellen, welche der Ratsuchende dann acceptiert, kann zweifelhaft sein, ist aber im einzelnen Fall belanglos. Für die hier interessierenden Fragen wesentlich ist die Tatsache, dass ein auf Auskunfterteilung gerichteter Vertrag ausdrücklich und zweifelsfrei abgeschlossen worden ist.

Dieser Fall ist besonders häufig bei der Auskunfterteilung der berufsmässigen Auskunfteien, die mit ihren Kunden einen auf die Erteilung einer einzelnen oder einer ganzen Reihe von Auskünften gerichteten (meist schriftlichen) Vertrag abzuschliessen pflegen, welcher gewöhnlich eine ganze Reihe von Vertragsbedingungen enthält [2]). Dann aber ist der ausdrückliche, in mündlicher oder schriftlicher Form erfolgende Abschluss eines auf Rat- oder Auskunftserteilung gerichteten Vertrages bei jedem andern Fachmann denkbar und praktisch gegeben; zu erwähnen ist die häufige Raterteilung in Form eines mündlichen

---

[26]) Vergl. Art. 8 ZGB unter Gegenüberstellung des Art. 97 OR mit Art. 41 OR.

[1]) Ausgenommen im Fall eines Dissenses zwischen Wille und Erklärung bei einer oder beiden Parteien, was hier nicht näher berücksichtigt werden soll, da die normalen Folgen eintreten.

[2]) Z. B. die sog. Verwahrungsklausel, worin das Informationsbureau von vorneherein jedes «Obligo» d. h. jede «materielle Garantie» für die Richtigkeit der Auskunft abzulehnen pflegt (s. unten S. 95 ff) oder die sog. Diskretionsklausel, welche den Auskunftempfänger verpflichtet, die erhaltene Auskunft geheim zu halten u. s. w.

oder schriftlichen Gutachtens durch einen Arzt, Anwalt, Notar, Ingenieur, Architekt usw. Diese Ratserteilungen unterscheiden sich von den Gefälligkeitsauskünften des täglichen Lebens bloss dadurch, dass ihnen in der Regel eine gründliche Untersuchung der gegebenen Sachlage vorangeht und der Ratgeber meist die Gründe, die ihn zu seinem Urteil geführt haben, dem Ratsuchenden mitteilt, damit sich dieser selber noch eine Meinung bilden oder den abgegebenen Rat anderweitig überprüfen lassen kann. Im übrigen gelten aber auch für diese Form der Ratserteilung durchaus die allgemeinen Regeln über die vertragliche Ratserteilung [3]), die später noch erwähnt werden sollen [4]).

Ebenso wird in Verträgen über Vermögensverwaltung häufig ausdrücklich vereinbart, dass der Vermögensverwalter oder Finanzberater seinem Auftraggeber hinsichtlich der bestmöglichen Anlegung der Kapitalien Rat zu erteilen habe, wobei die vertragliche Vereinbarung soweit gehen kann, dass der Ratgeber verpflichtet wird, nur Vorschläge ganz bestimmter Art zu machen [5]). Allerdings wird im Falle des Vermögensverwalters der abgeschlossene Vertrag nicht allein auf Ratserteilung gerichtet sein, sondern noch andere Dienste, insbesondere technische Verwaltungshandlungen umfassen; ist aber die Ratserteilung (Finanzberatung) im Vertrag miteingeschlossen, so gelten für sie die Regeln über die auf vertraglicher Grundlage beruhende Ratserteilung.

Welche Art von Vertrag die Parteien durch die Vereinbarung von Rat- und Auskunfterteilung abgeschlossen haben, soll später untersucht werden [6]).

3. Der Abschluss des Auskunftsvertrages durch konkludentes Verhalten der Parteien.

Im folgenden sollen verschiedene Fälle von Rat- und Auskunftserteilung erörtert werden, in welchen sich ein Geschäftswille der Parteien nicht aus ihren ausdrücklichen Erklärungen ergibt, wo dieser Wille

---

[3]) Vergl. z. B. Fick, N. 14 vor Art. 394 OR; N. 63 zu Art. 394. Siehe ferner über die Haftung eines Notars für Rechtsauskunft Pra. XIII No. 59 S. 160 = BGE. 50 II 46; über die Haftung eines bernischen Notars für unrichtige berufliche Beratung ZBJV 67. 337 = J. Z. 28 S. 83.

[4]) S. hinsichtlich der juristischen Natur des Auskunftsvertrages unten S. 64, über den Umfang der Haftung S. 74 u. s. w.

[5]) Z. B. nur ganz sichere oder nur mündelsichere Anlagen u. s. w. zu empfehlen. Vergl. einen derartigen Fall in BGE 21 II 1218.

[6]) S. unten S. 64 ff.

vielmehr aus ihrem allgemeinen Verhalten geschlossen werden muss oder möglicherweise geschlossen werden könnte. Die Tatsache des Vertragsabschlusses kann hiebei mit mehr oder weniger Sicherheit aus einem Handeln der Kontrahenten gefolgert werden, das zunächst und in erster Linie nicht zum Zwecke vorgenommen wurde, um den Parteiwillen kundzugeben, sondern das zunächst andere Zwecke verfolgte [1]). Dieses Verhalten der Parteien liefert für ihren möglicherweise vorhandenen Parteiwillen blosse Indizien, aus welchen sich dann bei ihrer genügenden Bestimmtheit der mittelbare Schluss auf den Parteiwillen ergeben kann.

Das konkludente Verhalten der Parteien muss immerhin so schlüssig sein, dass es objektiv als Willensäusserung angesehen werden darf. Ob und wann dies der Fall ist, kann nur bei Betrachtung der einzelnen Indizien entschieden werden. Im folgenden mögen einige der häufigsten und umstrittensten erwähnt werden, wobei jedoch diese Aufzählung keineswegs abschliessend ist.

Praktisch wird diese Art des Vertragsschlusses durch konkludentes Verhalten der Parteien bei der Rat- und Auskunftserteilung ebenso häufig, wenn nicht häufiger vorkommen, als diejenige durch ausdrückliche Willenserklärung.

a) Rat- und Auskunfterteilung gegen Entgelt.

Das bedeutendste und häufigste Indiz für das Vorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Willens bei den Parteien ist die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eines Entgelts. Literatur und Praxis anerkennen denn auch mit einer in juristischen Fragen geradezu überraschenden Einmütigkeit das Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses an, sofern für Rat und Auskunft ein Entgelt, eine Vergütung, ein Honorar geleistet wird [2]). Allerdings ist umgekehrt wieder streitig, was unter dem Begriff «Entgelt» zu verstehen sei.

Kein Zweifel an dem Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses ist möglich, sofern für die Auskunft ein Entgelt im juristischen Sinne ver-

---

[1]) v. Tuhr OR I, § 21, I und II, S. 135 ff.

[2]) Anderer Ansicht Wolff S. 32, dessen Auffassung von Brunswig S. 82 in zutreffender Weise bekämpft wird. Im schweiz. Recht konnte eine ausdrückliche Erwähnung der Frage nur bei Becker, N. 49 zu Art. 41 OR gefunden werden. Bezügl. der schweiz. Praxis siehe unten S. 35 und 50 ff.

einbart worden ist. Entgeltlich in diesem Sinne ist eine Leistung, wenn sie nur unter der Bedingung versprochen wird, dass sich der Versprechensempfänger ebenfalls zu einer Leistung verpflichtet. Die Leistungen müssen sich dabei gegenseitig bedingen [3]); Rat und Entgelt müssen sich somit als Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen.

Verschiedene Autoren verstehen nun unter «Entgeltlichkeit» nur die Leistung eines Entgeltes in diesem juristischen Sinne [4]), andere unterstellen dem Begriff dazu auch einen bloss wirtschaftlichen Gewinn [5]).

Von der herrschenden Meinung [6]) in der deutschen Literatur ist in diesem Sinne die Entgeltlichkeit einer Ratserteilung bejaht worden, wenn die Ratserteilung im Rahmen einer zwischen Ratgeber und Ratempfänger bestehenden Geschäftsverbindung erfolgt. Die aus der Geschäftsverbindung allgemein fliessenden Vorteile und Gewinnmöglichkeiten sollen das wirtschaftliche Entgelt für die vom Ratgeber geleisteten Ratschläge und Auskünfte sein. «Aehnliches wird in andern Fällen anzunehmen sein, in denen eine spezielle Vergütung nicht entrichtet wird, aber wirtschaftliche Vorteile von der Gegenseite erwartet werden» [7]). Der Ansicht, dass bei bestehender Geschäftsverbindung unter den Parteien die Auskunftserteilung der wirtschaftlichen Vorteile wegen als eine entgeltliche anzusehen sei, huldigt auch das Reichsgericht [8]).

Ob bei bestehender Geschäftsverbindung zwischen Ratgeber und Ratempfänger ein Vertragsverhältnis anzunehmen sei, soll später untersucht werden [9]). Hier soll nur der herrschenden Meinung entgegengetreten werden, dass diese aus einer Geschäftsverbindung fliessenden oder auch anderweitig erhofften Vorteile und Gewinnchancen zum Begriff der Entgeltlichkeit genügen könnten. Dies ist keineswegs der Fall, da andernfalls der Begriff des entgeltlichen Rechtsgeschäfts jeden Sinn und jede Umgrenzung verlieren müsste. Niemand tut etwas ohne Grund und besonders bei einer Gefälligkeit im Geschäftsleben wird irgend ein wirtschaftlicher, wenn auch entfernter und indirekter Vorteil, fast stets vorhanden sein, wäre es auch nur die Hoffnung auf den guten

---

[3]) Oertmann Entgeltliche Geschäfte, in Fischers Abh. zum deutsch. Privat- und Prozessrecht, Bd. 23, S. 15 ff. Rechsteiner, S. 45.

[4]) Rieser, S. 38; Kämpfer, S. 49 ff. u. a.

[5]) Brunswig, S. 82/83; Hecht, S. 26; Cohn S. 10; R. G. i. Z. Bd. 27 S. 118 ff.

[6]) Vergl. auch Gieschen S. 31.

[7]) Brunswig S. 84.

[8]) RG. i. Z. 27 S. 121 ff.

[9]) S. unten S. 39 ff.

Ruf besonderer Kulanz. Es ginge aber viel zu weit, diese nur erhofften, jedenfalls unsicheren und unbestimmten, wirtschaftlichen Vorteile ohne weiteres dem Entgelt im juristischen Sinne gleichzustellen; das wesentliche Merkmal vieler und bedeutender Verträge, dass nämlich eine Leistung nur gegen eine Vergütung (Entgelt) erbracht wird, müsste verschwimmen und wegfallen, wollte man unter Entgelt jeden bloss wirtschaftlichen Vorteil verstehen.

Dabei ist zu beachten, dass niemals die Geschäftsverbindung als solche entgeltlich ist, sondern nur die einzelnen darin abgewickelten Geschäfte.

Die aus einer Geschäftsverbindung erhofften Vorteile mögen das Motiv für die Erweisung einer unentgeltlichen Gefälligkeit sein, bilden aber keinenfalls das juristische Entgelt für einen geleisteten Dienst. Nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich bestehen zudem zwischen Entgelt im juristischen Sinne und den geschilderten wirtschaftlichen Vorteilen bedeutende Unterschiede [10]).

Der innerhalb einer Geschäftsverbindung erteilte Rat kann deshalb nicht bloss wegen den vorhandenen geschäftlichen Beziehungen als entgeltlich betrachtet und infolge dieser Entgeltlichkeit die Raterteilung als eine vertragliche angesehen werden; womit noch nicht gesagt ist, dass nicht aus andern, mit der Entgeltlichkeit nicht in Zusammenhang stehenden Gründen die innerhalb einer Geschäftsverbindung erfolgte Auskunftserteilung als eine vertragliche bezeichnet werden dürfte [11]); denn die Entgeltlichkeit ist nur eines von mehreren Indizien, die für die Vertragsnatur einer bestimmten Raterteilung sprechen können.

Ein im juristischen Sinn entgeltlicher Rat wird in den weitaus meisten Fällen auf Seiten des Ratgebers berufs- oder gewerbsmässige Raterteilung sein; denn ein derartiger Auskunftgeber wird seinen Rat regelmässig nur erteilen wollen, wenn er dafür honoriert wird [12]). Daneben mag es ausnahmsweise auch vorkommen, dass bei einer bloss gelegentlichen Ratserteilung durch eine Person, welche diese Tätigkeit nicht

---

[10]) Z. B. ist das Entgelt im jur. Sinne bis zu einem gewissen Grade der Höhe nach bestimmt, während die Vorteile einer Geschäftsverbindung mit ihren zukünftigen Geschäften jeder Schätzung entgehen; auf das Entgelt im jur. Sinne kann wirtschaftlich mit einiger Sicherheit gezählt werden, da es einklagbar ist, oder zum Mindesten kann einigermassen abgeschätzt werden, inwieweit darauf zu zählen ist, während bei der wirtschaftlichen «Entgeltlichkeit» blosse unbestimmte Hoffnungen und Erwartungen vorhanden sind. u. s. w.

[11]) Vergl. Näheres darüber unten S. 39 ff.

[12]) Z. B. der Arzt, Anwalt, Notar, die Auskunftei u. s. w.

gewerbsmässig betreibt, ein Entgelt im juristischen Sinne vereinbart wird. Ist dies der Fall, so muss auch hier mit zwingender Notwendigkeit auf das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses geschlossen werden; denn die Verabredung eines Entgelts zeigt regelmässig an, dass die Parteien das Gebiet der blossen Gefälligkeit, des gesellschaftlichen Verkehrs verlassen haben und sich mit geschäftlichen Absichten gegenüberstehen. Derjenige, der ein Entgelt zu geben gewillt ist, erwartet dafür mit Recht eine mit vertraglicher Sorgfalt erteilte Auskunft, und der Ratgeber, der für seinen Rat ein Entgelt annimmt oder ausbedingt, weiss oder muss wissen, dass er verpflichtet ist, dafür eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen.

Sobald somit ein Entgelt im juristischen Sinne ausdrücklich oder stillschweigend (ein solches ist z. B. allgemein üblich) vereinbart worden ist, so liegt zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis vor. Gleichgültig ist dabei — entsprechend den früher ausgeführten Grundsätzen [13]) — ob der Ratgeber den Willen, sich vertraglich zu binden, in Wahrheit nicht gehabt hat; auf Grund der Verkehrssitte und analog einer ganzen Reihe ausdrücklich geregelter, entgeltlicher Vertragstypen konnte sich der Ratsuchende darauf verlassen, dass durch die Annahme oder Ausbedingung eines Entgeltes der Ratgeber den Willen habe, eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen.

Noch kein Entgelt im juristischen Sinne liegt vor, wenn dem Ratgeber bloss Auslagen, Aufwendungen vergütet werden, die er im Interesse der Ratserteilung machen musste. Rat und Vergütung für Auslagen stehen sich in diesem Falle nicht als Leistung und Gegenleistung gegenüber, sodass die Entgeltlichkeit fehlt [14]).

Ist nun einerseits die Entgeltlichkeit im juristischen Sinne ein zwingendes Indiz für die Vertragsabsichten der Parteien, so braucht andererseits die Unentgeltlichkeit kein solches für das Gegenteil zu sein. Wenn auch im gegebenen Fall die Entgeltlichkeit als Indiz für den Vertragswillen fehlen sollte, so können doch andere Indizien vorhanden sein, aus welchen sich dieser Wille schlüssig ergibt. Allerdings ist zuzugeben, dass bei Unentgeltlichkeit der Auskunftserteilung das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses nur unter ganz besondern Umständen bejaht werden darf; davon soll später noch die Rede sein.

---

[13]) S. oben S. 19 ff, bes. S. 23/24.

[14]) Vergl. oben S. 31. Gleicher Ansicht Gieschen S. 13; Bünger S. 19; Brunswig S. 82.

Die Unentgeltlichkeit der Ratserteilung als solche steht schliesslich der Annahme eines Vertragsverhältnisses keineswegs entgegen. Das Gesetz kennt vielmehr Verträge, denen die Entgeltlichkeit nicht essentielles Merkmal ist, so dass auch bei unentgeltlicher Ratserteilung ein solcher unentgeltlicher Vertrag vorliegen kann.

In der Regel ist bei unentgeltlicher Rats- und Auskunftserteilung ein Vertragsverhältnis unter den Parteien jedoch nicht anzunehmen. Auf diesem Standpunkt steht auch durchaus die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, welches die Entgeltlichkeit in konstanter Praxis als Abgrenzungsmerkmal der vertraglichen von der ausservertraglichen Ratserteilung verwendet hat [15]).

Zusammenfassend lässt sich sagen:

Ist zwischen Ratgeber und Ratempfänger für die Rat- und Auskunfterteilung ein Entgelt im juristischen Sinne vereinbart worden, so liegt regelmässig eine vertragliche Raterteilung vor.

Umgekehrt beweist die Unentgeltlichkeit allein noch nicht, dass ein derartiges Vertragsverhältnis nicht vorhanden ist.

b) Die Rat- und Auskunftserteilung auf Anfrage.

Für die Frage, ob zwischen Ratgeber und Ratempfänger bei der Raterteilung ein Vertragsverhältnis zur Entstehung gelange, kann der Umstand, dass der Rat erbeten oder unerbeten, die Auskunft oder Empfehlung auf Anfrage oder ohne solche erteilt worden ist, in gleicher Weise wie die Entgeltlichkeit bloss als Indiz für einen möglicherweise vorhandenen Geschäftswillen gewertet werden.

---

[15]) Vergl. den grundlegenden Entscheid in BIHE XV S. 74 = Revue 14 Nr. 45 = Jour. d. Trib. 1896 p. 137 = Revue judiciaire 1896 p. 23; dieser Entscheid wurde mehrmals bestätigt, so im Jour. d. Trib. 1901 p. 210; BGE 41 II 82; im ungedruckten Entscheid vom 25. Okt. 1929 i/S. Fabrique Suisse des Produits au lait Guigoz S. A. c. Banque Coopérative Suisse und endlich in BGE 57 II 81. Auf den Unterschied zwischen Entgelt im juristischen und wirtschaftlichen Sinne ist das B. Ger. jedoch nirgends eingetreten. Offenbar ist aber auch die Meinung des B. Ger. die, dass unter Entgelt einzig Entgelt im juristischen Sinne zu verstehen sei, was insbesondere aus der regelmässig wiederkehrenden Wendung hervorgeht: «(keine vertraglichen Beziehungen unter den Parteien)», sofern «die Auskunftserteilung nicht in Ausübung eines vom Auskunftsgeber betriebenen Gewerbes oder sonst gegen Entgelt» erfolgt ist. Die Gleichstellung des Entgeltes mit der Gewerbsmässigkeit der Ratserteilung deutet offenbar auf Entgelt im juristischen Sinne hin. Vergl. die Ausführungen unten S. 50 ff.

In der deutschen Literatur herrscht durchaus die Ansicht, dass auf Grund der blossen Tatsache, dass die Auskunft auf ergangene Anfrage hin erteilt wurde, noch nicht auf ein Vertragsverhältnis geschlossen werden dürfte [1]). Diese Ansicht wird gestützt durch § 676 BGB, der bestimmt, dass einzig in der Tatsache des Erteilens und des Empfangens eines Rates noch nicht ein Vertragsabschluss erblickt werden könne, ebenso wenig natürlich eine unerlaubte Handlung; § 676 BGB gibt also direkt für den mutmasslichen Parteiwillen eine Auslegungsvorschrift, indem er ausdrückt, dass im Zweifel bei blosser Raterteilung die Parteien keine Geschäftsabsicht hätten. Für die Annahme eines Vertragsverhältnisses könnte in der Tat eine leicht erklärliche Neigung bestehen, wenn berücksichtigt wird, dass sich Anfrage und Auskunfterteilung äusserlich in den Formen des Vertragsschlusses darstellen [2]); diese Aeusserlichkeit kann aber für die Annahme eines Vertragswillens nicht genügen, sofern tatsächlich nichts weiter vorliegt, als die Bitte um Auskunft und deren Erfüllung (also nicht z. B. Entgeltlichkeit).

Im schweizerischen Recht fehlt eine ähnliche ausdrückliche Regel, so dass auf die allgemeinen Grundsätze über die Willensauslegung abzustellen ist, wobei die Vorschriften des ausländischen Rechts vergleichend herangezogen werden können.

Es besteht nun kein ersichtlicher Anhaltspunkt dafür, dass in dieser Frage nach schweizerischem Recht etwas anderes gelten könnte, als nach deutschem. Die Richtigkeit des im § 676 BGB proklamierten Satzes ergibt sich aus dem Verkehr des täglichen Lebens von selbst, wo stets ungezählte Auskünfte und Ratschläge auf Anfrage hin erteilt werden, ohne dass auf Seiten der Parteien irgend ein Verpflichtungswille besteht oder an die Möglichkeit rechtlicher Verantwortlichkeit überhaupt nur gedacht wird. Liegt somit kein weiteres Kriterium für den Vertragsschluss vor als die Bitte oder Anfrage um Auskunft, so kann darin allein — auf Grund der Anschauungen des Verkehrs — noch nicht ein genügendes Indiz für das Vorhandensein eines Geschäftswillens erblickt werden. Sollte er im konkreten Fall aber tatsächlich vorhanden sein, so ist er doch in so ungenügender Weise geäussert worden, dass dieses Verhalten noch nicht als konkludent bezeichnet werden könnte.

---

[1]) Vergl. statt aller Brunswig S. 82; Gieschen S. 12 und die oben S. 12 erwähnte, gegenteilige aber einzig gebliebene Ansicht v. Völderndorff's.

[2]) In der Anfrage des Ratsuchenden könnte eine Offerte zum Vertragsschluss erblickt werden, in der Auskunfterteilung deren Annahme durch gleichzeitige Erfüllung; oder beim unerbetenen Rat in der Raterteilung eine die Erfüllung enthaltende Offerte, die der Beratene annimmt.

Dies ist auch der Standpunkt der schweizerischen Rechtsprechung. Das Bundesgericht hat in einem neuesten Entscheid [3]), wie schon früher [4]), mit Recht betont, dass in der Anfrage eines Auskunftsuchenden und deren Beantwortung durch den Angegangenen nicht der Antrag, der Abschluss und die Ausführung eines Auftrages erblickt werden könne. Es steht damit in Uebereinstimmung mit der herrschenden deutschen Doktrin und Rechtsprechung.

Dasselbe gilt in gleicher Weise, wenn Rat und Auskunft unerbeten waren [5]). Jedenfalls kann in einem derartigen Rat nicht ohne weiteres eine zugleich die Erfüllung enthaltende Offerte zum Vertragsschluss erblickt werden, wobei durch die blosse Annahme oder das Befolgen des Rates der Vertrag zu Stande käme. Auch hier wird nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht einmal an die Möglichkeit einer Offertenstellung gedacht.

Jedoch soll nicht bestritten werden, dass auch beim unerbetenen Rat ein Vertragsverhältnis zu Stande kommen könnte, so möglicherweise, wenn nachträglich ein Honorar vereinbart würde. Der Grund für die Annahme eines Vertrages liegt dann aber nicht mehr darin, dass der Rat unerbeten war, sondern in den übrigen Umständen, unter denen die Raterteilung im konkreten Falle erfolgte. In den meisten Fällen wird aber beim unerbetenen Rat ein Vertragsschluss noch eher verneint werden können, als beim erbetenen, wo der äussere Ablauf der Dinge noch eher den üblichen Vorgängen beim Vertragsschluss ähnelt.

c) Rat und Auskunft des Sachverständigen.

Im gemeinen Recht herrschte die Ansicht, dass eine vertragliche Verpflichtung zu sorgfältiger Auskunfterteilung schon und immer dann anzunehmen sei, wenn jemand auf Grund seiner besonderen

---

[3]) BGE 57 II 85.

[4]) BIHE XV S. 74 und besonders im nicht amtl. publ. Entscheid des B. Ger. vom 16. III. 1901 i/S. Kindler & Cie. c. Banque d'Escompte et de Dépôts, Jour. d. Trib. 1901, Bd. 49 S. 217.

[5]) Vergl. Beispiele für unerbetenen Rat und Auskunft in BIHE XIV, S. 269; BIHE XV S. 74 und in dem nicht amtl. publ. Entscheid des B. Ger. vom 29. Dezember 1909 i/S. Banque Populaire de Fribourg c. Cayrac, publ. in Jour. de Trib. Bd. 58, 1910, S. 233.

Sachkunde Rat oder Auskunft erteile. Diese Auffassung ist jedoch von der neueren Literatur als irrig erkannt worden [1].

Es ist denn auch ohne weiteres einleuchtend, dass die Sachverständigkeit des Ratgebers wiederum höchstens ein Indiz für einen möglicherweise bei den Parteien vorhandenen Geschäftswillen zu bilden vermag, und zwar ein Indiz, das allein noch nicht genügen kann, dass einzig gestützt darauf der Geschäftswille bejaht werden könnte. Es ist dies natürlich eine Frage der Abwägung, des Ermessens, wobei aber zu beachten ist, dass gerade der Sachverständige, der sich der Schwierigkeiten einer richtigen Raterteilung und der daraus entstehenden möglichen Folgen besonders bewusst ist, nicht mehr, sondern weniger rasch geneigt sein wird, einen verbindlichen Rat oder eine ebensolche Auskunft zu erteilen.

Was die gemeinrechtliche Doktrin zur regelmässigen Bejahung eines Vertragsverhältnisses im Falle der Ratserteilung durch einen Sachverständigen geführt haben mag, ist die Tatsache, dass die meisten Sachverständigen [2] ihre Ratserteilung berufs- oder gewerbsmässig auszuüben pflegen, sodass dieser Umstand einen Grund für die Annahme eines Vertragsverhältnisses bilden könnte, wie sich noch zeigen wird [3]. Ein Vertragsverhältnis könnte daher gegeben sein auf Grund der üblichen geschäftsmässigen Auskunftserteilung des Ratgebers, nicht aber infolge seiner besondern Sachkunde. Diese muss vielmehr von vorneherein bei jeder Person angenommen werden, die um Rat oder Auskunft angegangen wird, da die Tatsache oder wenigstens der Anschein der besonderen Sachkunde der regelmässige Grund zum Verlangen eines Rates oder einer Auskunft sein wird.

Für die Frage, ob im konkreten Falle ein Vertragsverhältnis anzunehmen sei, ist die Tatsache der Sachverständigkeit des Ratgebers allein daher sozusagen bedeutungslos, nicht aber der Umstand, dass der Sachverständige die Ratserteilung gewöhnlich gewerbsmässig betreibt [4].

Auch die Haftung des Sach- oder Kunstverständigen für erteilte Auskunft kann allein aus Vertrag oder unerlaubter Handlung fliessen; es ist daher — wie bei allen andern Fällen — auch hier genau zu untersuchen, ob in casu der eine oder der andere Haftungsgrund vorliege, wobei die Tatsache der Sachverständigkeit in besonderem Mass weder

---

[1] Vergl. Kämpfer, S. 50; Kosack, S. 26 ff; Rieser, S. 16; Everth, S. 63; Wolff, S. 33 ff; Zahnen, S. 37; Bünger, S. 27 ff. u. a.

[2] Z. B. Aerzte, Juristen, Künstler, Techniker u. s. w.

[3] Siehe unten S. 47 ff.

[4] Siehe unten S. 47 ff.

nach der einen noch nach der andern Richtung zu sprechen vermag. Dabei können natürlich ausser der Sachverständigkeit Indizien vorhanden sein, die kraft der ihnen innewohnenden Schlüssigkeit auf ein Vertragsverhältnis hinweisen.

d) Die Geschäftsverbindung und andere Haftungsgründe.

Was zunächst die Lehre über die Raterteilung bei bestehender, langdauernder Geschäftsverbindung zwischen Ratgeber und Ratempfänger anbelangt, ist zu bemerken, dass die Grundsätze darüber in erster Linie am Beispiel des Bankiers entwickelt und begründet worden sind. Auch die weiteren Theorien beschäftigen sich vornehmlich mit der Haftung des Bankiers. So sind darüber eine grosse reichsdeutsche Literatur und zahlreiche Gerichtsentscheide entstanden; demgegenüber ist auffällig, dass sich die schweizerische Literatur bloss vereinzelt, und die massgebenden schweizerischen Gerichte überhaupt noch nicht grundsätzlich und eingehend mit dieser Frage abgegeben haben.

Das Beispiel des Bankiers soll auch im folgenden besonders im Vordergrund stehen.

Die herrschende deutsche Lehre und Praxis steht auf dem Standpunkt, dass eine zwischen Ratgeber und Ratempfänger bestehende Geschäftsverbindung für die Frage, ob vertragliche oder ausservertragliche Auskunfterteilung vorliege, von entscheidender Bedeutung sei. Es wird ausgeführt, dass das Bestehen einer Geschäftsverbindung ein derart weitgehendes Vertrauensverhältnis unter den Parteien erzeuge, dass auch die im Rahmen dieser Geschäftsverbindung erteilte Auskunft als innerhalb eines kontraktlichen oder wenigstens quasi-kontraktlichen Verhältnisses erteilt, betrachtet werden dürfe, so dass der Ratgeber in einem solchen Falle für volle vertragliche Sorgfalt einzustehen habe. Zur Charakterisierung dieses eigenartigen Rechtsgedankens sei hier ein Auszug aus einem Reichsgerichtsurteil [1]) wiedergegeben: «Wenn gleich eine Geschäftsverbindung zweier Personen an sich zunächst nichts anderes ist als das zufällige Nebeneinanderbestehen von Geschäften, welche diese Personen miteinander abgeschlossen haben und einander gegenüber erfüllen, so bildet sich doch durch die häufige ge-

[1]) RG. i. Z. 27 S. 118 ff.

schäftliche Berührung und die Erkenntnis, dass es für beide Teile nur vorteilhaft sein kann, einander entgegen zu kommen, ein Vertrauensverhältnis aus, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Masse und in weiterem Umfange als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Uebung wird. Nicht nur der Abschluss und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern die ganze Geschäftsverbindung wird von Treu und Glauben beherrscht, und dadurch kommt es, dass Handlungen, welche, abgesehen von dieser Verbindung der Handelnden als rechtlich indifferente Tatsachen erscheinen, einen rechtlichen Inhalt gewinnen können.

Tatsächliche Vorgänge werden nicht nur, insoweit sie Abschluss und Erfüllung von Geschäften betreffen, zu rechtlich wirksamen, sondern es erstreckt sich dies auch auf gewisse zur Vorbereitung von Rechtsgeschäften vorgenommene Handlungen, insbesondere auf Empfehlungen und Auskunfterteilungen. Der Bereich, innerhalb dessen die Kontrahenten des einzelnen Geschäfts unter rechtlich realisierbarem Präjudiz sich Vertrauen schenken dürfen, wird erweitert. Vorgänge, welche unter Fremden an sich indifferent sein würden, werden wie Rechtsgeschäfte, bezw. als solche behandelt. Der Geschäftsfreund empfängt die Mitteilung des Geschäftsfreundes in der Ueberzeugung, dass diesen bei Erteilung derselben kein Verschulden trifft, bezw. dass er für ein begangenes Versehen haftbar ist, und der andere Geschäftsfreund weiss, dass der erstere seine Mitteilung in diesem Sinne auffasst und dass er sie in Treu und Glauben so auffassen darf.»

In neuerer Zeit ist jedoch die Richtigkeit dieser Konstruktion mehrfach bestritten worden [2].

Es wird mit Recht darauf hingewiesen, dass diese sog. «Geschäftsverbindung» lediglich mit einem Sammelnamen eine Reihe von einzelnen Geschäften und länger dauernden Vertragsverhältnissen zusammenfasse. Eine Geschäftsverbindung ist in der Tat nicht ein ständiges Vertragsverhältnis z. B. ein ständiger Konto-Korrentvertrag, sondern bedeutet einzig, dass zwei Personen, in grösseren oder kleineren zeitlichen Abständen miteinander in Vertragsverhandlungen zu treten und Geschäfte abzuschliessen pflegen. Zwischen dem Zeitpunkt der völligen Abwicklung und damit Beendigung eines einzelnen konkreten Geschäftes und dem Moment, wo die Parteien erneut in Vertragsverhandlungen eintreten, besteht jedoch möglicherweise eine vertragslose Periode, während welcher zwar die bloss wirtschaftlichen oder freund-

[2] Vergl. z. B. v. Ziegler, S. 30; Gieschen S. 31 u. a.

schaftlichen Beziehungen fortbestehen mögen, ein eigentliches Vertragsverhältnis aber nicht vorhanden ist. Die «Geschäftsverbindung» soll nun dazu dienen, eine Ratserteilung, die während einer solchen Zwischenzeit isoliert, also nicht im Anschluss an ein bestimmtes Rechtsgeschäft erfolgt, zu einer vertraglichen Auskunft zu stempeln.

Es ist jedoch keineswegs angängig, die Geschäftsverbindung als ein selbständiges, über den einzelnen konkreten Vertragsverhältnissen stehendes und diese zusammenfassendes Rechtsverhältnis anzusehen [3]) und somit die Auskunft als innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses gegeben zu betrachten [4]). Vielmehr ist das eigentümliche dieser Art Auskunftserteilung gerade, dass sie zwar innerhalb der «Geschäftsverbindung» aber in einer vertragslosen Zwischenperiode erfolgt. Es müssen daher durchaus die allgemeinen Grundsätze über den Vertragsschluss durch konkludentes Verhalten der Parteien gelten, wobei eine möglicherweise bestehende Geschäftsverbindung als Indiz für den Vertragswillen allerdings mitzuberücksichtigen ist. Sie ist als blosses Indiz allein jedoch keineswegs zwingend, sodass der Vertragswille, sofern keine weitern Anhaltspunkte dafür gefunden werden können, verneint werden muss. Nun ist schon früher ausgeführt worden [5]), dass der im juristischen Sinne an und für sich unentgeltliche Rat nicht dadurch zu einem entgeltlichen wird, weil er innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung erteilt wurde. Das Hauptargument, das bei bestehender Geschäftsverbindung allenfalls für die vertragliche Auskunfterteilung sprechen könnte [6]), fällt damit weg.

Alle Auffassungen, welche auf eine bestehende Geschäftsverbindung besonderes Gewicht legen und einzig gestützt darauf bei der Rat- und Auskunfterteilung ein Vertragsverhältnis bejahen, kranken zudem praktisch daran, dass auch bei den Anhängern dieser Ansicht durchaus unbestimmt ist, in welchen Fällen eine «Geschäftsverbindung» als vorhanden zu betrachten sei. Es ist in der Tat fraglich, ob es zum Begriff der «Geschäftsverbindung» genügt, wenn bisher z. B. bloss ein einziges oder zwei Geschäfte unter den Parteien abgewickelt worden sind, ob sie noch vorhanden ist, wenn zwar früher Geschäftsabschlüsse erfolgten, seit langer Zeit aber nicht mehr, ob es genügt, wenn der Ratempfänger im Moment der Ratserteilung eine «Geschäftsverbindung» erst

---

[3]) Gieschen S. 31; Barth S. 287 ff.
[4]) Z. B. als Nebenleistung in einem Hauptvertrag s. unten S. 55. Anm. 7.
[5]) S. oben S. 31/32.
[6]) S. z. B. Brunswig, S. 83. Bleichröder, S. 60.

anbahnt oder angebahnt hat, ein konkreter Geschäftsabschluss aber noch nicht vorliegt usw. So ist auch behauptet worden, dass bereits eine Geschäftsverbindung im Sinne des täglichen Sprachgebrauches genüge d. h. ohne dass unter den betreffenden Personen eigentliche Rechtsgeschäfte im juristischen Sinne abgeschlossen würden [7]).

Es muss einleuchten, dass unter einem derart weitgefassten, uferlosen Begriff fast jede nicht rein private Beziehung untergebracht werden kann. In allen diesen Fällen eine vertragliche Bindung der Parteien mit ihren teilweise schwerwiegenden Folgen anzunehmen, ginge zu weit. Ferner wäre die Konsequenz der dargelegten Auffassung die, dass der in Geschäftsverbindung stehende Auskunftempfänger vertraglichen Schutz gegen unrichtige Auskunft geniessen würde, ein anderer, der erst eine solche Beziehung anknüpft, jedoch nicht. Es kann aber kaum die Meinung sein, dass z. B. der Bankier zu weniger sorgfältigem Rat verpflichtet sein soll, wenn er einem neuen, ihm vorderhand noch unbekannten Kunden Rat erteilt; dies wäre eine durch nichts gerechtfertigte Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung der Auskunftempfänger und zudem niemals die Absicht der Parteien.

Als einziger Ausweg aus dem letztgenannten Widerspruch wird vorgeschlagen [8]), dass der Beratene, wenn er den Bankier für den Rat verantwortlich machen wolle, ihm dies zum Ausdruck zu bringen habe und erkennen lassen müsse, dass die zu erwartende Aufklärung für seine Entschliessung von Bedeutung sein werde.

Abgesehen davon, dass im praktischen Fall ein solcher ausdrücklicher Hinweis auf die Verantwortlichkeit des Ratgebers in den allerseltensten Fällen vorkommen dürfte, wäre die nächste Folge dieses Hinweises regelmässig die, dass der Auskunftgeber seine Haftung ebenso ausdrücklich ablehnen oder die Raterteilung überhaupt verweigern würde. Zudem ist anzunehmen, dass normalerweise in fast allen Fällen die erteilte Auskunft für irgend eine Entschliessung des Beratenen von Bedeutung ist oder sein kann.

Trotzdem ist ein Ausweg in dieser Richtung vom Reichsgericht [9]) versucht worden, indem es den Ratgeber vertraglich haften liess, wenn diesem ohne weiteres erkennbar gewesen ist, dass der die Auskunft Erbittende auf diese hin entscheidende Massnahmen, insbeson-

---

[7]) So Bleichröder S. 59/60: «Es genügt schon, wenn nur Dienste rein tatsächlicher Natur vorgenommen werden. Die gegenseitige Empfehlung von Kunden und Reisenden kann eine Geschäftsverbindung begründen» (!).

[8]) Bleichröder S. 62.

[9]) S. Leipziger Zeitschrift XX, 1926 S. 225 Nr. 3; RG. i. Z. 101 S. 297 ff.

dere eine Vermögensverfügung, vornehmen wolle. Dafür spreche ein Rechtsschutzbedürfnis.

In ganz ähnlicher Weise hat sich das Bundesgericht [10]) ausgesprochen: wenn es sich um geschäftlich erteilte Empfehlungen handelt, bei welchen der Empfehlende sich daher der Tragweite seiner Aeusserungen bewusst sein muss, wo er wissen muss, dass seine Aeusserungen wahrscheinlicherweise für die Entschliessungen des Empfängers der Empfehlung entscheidend sind und zu dessen Schädigung führen können, so liegt — folgert das Bundesgericht daraus — Fahrlässigkeit bei Erteilung einer Auskunft vor. Es sind in beiden Fällen dieselben Gedankengänge. Das Bundesgericht braucht aber dieses Moment, d. h. die Erkennbarkeit der Wichtigkeit der Auskunft, neben anderen bloss dazu, um den Begriff der Fahrlässigkeit in seiner Anwendung auf die Auskunfterteilung zu umschreiben, nicht aber dazu, um daraus auf das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zu schliessen. Zu dieser Abgrenzung ist das erwähnte Kriterium denn auch geeignet, nicht aber vermag es die vertragliche von der ausservertraglichen Auskunfterteilung abzugrenzen; denn diese «Erkennbarkeit» kann sowohl bei vertraglicher wie bei ausservertraglicher Raterteilung vorhanden und von Bedeutung sein. So hat das Reichsgericht, gestützt auf das Moment der Erkennbarkeit eine vertragliche Auskunfterteilung bejaht, während gerade umgekehrt das Bundesgericht dieses Moment zur Umschreibung der Fahrlässigkeit bei einer ausservertraglichen Auskunftserteilung verwendet hat [11]).

Zudem muss zugegeben werden, dass in vielen Fällen, wo auch nach deutscher Theorie und Rechtsprechung eine blosse Gefälligkeitsauskunft vorliegt, für den Ratgeber trotzdem erkennbar ist, dass seinem Ratschlage entscheidende Bedeutung beigemessen wird. In allen diesen Fällen müsste somit konsequenterweise die vertragliche Haftung für unrichtige Auskunfterteilung angenommen werden.

Mit Recht wird schliesslich darauf hingewiesen [12]), dass man nicht mit dem blossen Hinweis auf ein Rechtsschutzbedürfnis den Parteien einen Willen unterlegen könne, den sie nicht gehabt haben und zu dessen Annahme ihr Verhalten auch nicht zwingt. Tut man es trotzdem, so

---

[10]) BlHE XV S. 75 Entscheid vom 7. Dez. 1895 i. S. Laurer c. Aeppli; bestätigt im Entscheid vom 16. März 1901 i. S. Kindler & Cie. c. Banque d'Escompte et de Dépôts S. Jour. de Trib. 1901 S. 210.

[11]) S. die beiden in Anm. 10 angeführten Entscheide, die beide Fälle ausservertraglicher Raterteilung beschlagen.

[12]) Gieschen S. 34.

ist dies eine durch nichts begründete Fiktion. Besteht tatsächlich ein Rechtsschutzbedürfnis und gibt das Gesetz auch bei weitester Auslegung keine Möglichkeit zu dessen Befriedigung, so muss das Gesetz im Sinne dieses Bedürfnisses geändert werden.

Mit diesen beiden geschilderten Theorien («Geschäftsverbindung» und Erkennbarkeit der Wichtigkeit der Auskunft) sind jedoch die Versuche der deutschen Literatur und Praxis, wo immer möglich auf Grund der Auskunfterteilung ein Vertragsverhältnis zu begründen, keineswegs erschöpft. Es wird nämlich in neuester Zeit erklärt [13]), dass eine vertragliche Haftung des Auskunftgebers immer dann eintrete, wenn die Rats- oder Auskunftserteilung ein notwendiges Glied im Geschäftsbetrieb eines in der betreffenden Materie Sachverständigen bilde. «Man wird bei der Frage, ob die Beratung des Bankiers den Gegenstand eines Vertrages bilde, daran anknüpfen müssen, dass diese Beratung . . . ein notwendiges Glied im Zweige des Bankgeschäftes ist. Der Bankier, der sich dieser Aufgabe unterzieht, übt einen Teil seiner beruflichen Tätigkeit aus. Durch diese Zugehörigkeit unterscheidet sie sich von der Raterteilung eines Privatmannes. Sie liegt für den Bankier auf demselben Gebiet, auf dem jede Verkaufs- oder Kommissionstätigkeit liegt, auf dem Geschäftlichen. Nur dass diese entgeltlich, jene unentgeltlich ist. Aber der Bankier muss diese unentgeltliche Tätigkeit ausüben, um zur entgeltlichen zu gelangen. Die Raterteilung ist ein Bestandteil der gesamten Geschäftstätigkeit des Bankiers, nicht aber . . . ein Bestandteil des nachfolgenden Verkaufs- oder Kommissionsgeschäftes» [14]).

Auf den ersten Blick scheint diese Theorie eine durchaus befriedigende Abgrenzung der vertraglichen Auskunfterteilung von der ausservertraglichen zu geben. Es ist zweifellos richtig, wie diese Theorie weiter ausgeführt hat, das der Bankier auf seinem speziellen Gebiet als Sachverständiger zu gelten hat, dass er auch mit Rücksicht auf seine Sachkunde um Rat gefragt wird. Richtig ist auch, dass er sich darüber klar sein muss, dass der Ratsuchende von ihm einen sachentsprechenden und sorgfältigen Rat erwartet und schliesslich, dass ein Unterschied zu machen ist, ob die Raterteilung bei Anlass der Berufsausübung oder ausserberuflich erfolgt ist.

Unrichtig ist aber, wenn die Vertreter dieser Theorie aus ihren richtigen Voraussetzungen den Schluss ziehen, dass infolgedessen eine

---

[13]) Vergl. Alsberg S. 322; Brand S. 724 ff; Gieschen S. 34; Katzenstein S. 25.

[14]) Begründer dieser Ansicht ist Alsberg; ihm sind im wesentlichen Brand und die übrigen gefolgt.

vertragliche Auskunfterteilung vorliegen müsse. Es ist nämlich zu beachten, dass ihre Grundsätze, obwohl allgemein am Beispiel des Bankiers entwickelt, durchaus nicht bloss für den Bankier gelten wollen, sondern ein allgemeines Abgrenzungsmittel der vertraglichen von der ausservertraglichen Auskunfterteilung bilden sollen. Dies zu leisten sind sie aber nicht im Stande.

Es zeigt sich nämlich, dass das Ergebnis der oben besprochenen Theorie sozusagen bei allen Berufen zutrifft, nicht bloss beim Bankier. Jeder Berufsmann wird anlässlich seiner Berufsausübung gelegentlich in den Fall kommen, über die in sein Fach einschlagenden Fragen unentgeltlich Rat und Auskunft erteilen zu müssen. Die Beispiele, wo jemand über eine, eine bestimmte Sachkunde erfordernde Frage Auskunft zu geben hat, lassen sich daher beliebig vermehren [15]); denn dieser Umstand ist durchaus keine Eigentümlichkeit bestimmter Berufe, wie des Rechtskundigen, des Arztes, des Kunstsachverständigen, Chemikers oder Bankiers [16]). Vielmehr muss jeder beliebige Handwerker auf seinem Gebiet als Sachkundiger gelten und diese werden in genau gleicher Weise wegen ihrer tatsächlich vorhandenen oder doch als vorhanden vermuteten Sachkunde auf ihrem Gebiet um Rat angegangen, wie der Bankier und die andern oben erwähnten Berufsleute.

Damit soll in erster Linie dargetan werden, dass es nicht eine Gruppe von Fachleuten gibt, die deshalb eine besondere Stellung bei der Raterteilung einnehmen, weil sie wegen ihrer Sachkunde um Rat gefragt werden; dieser Umstand ist vielmehr allen Ratgebern eigentümlich, bei allen denen der Ratsuchende eine gewisse Sachkunde von vorneherein voraussetzt.

---

[15]) Es kann grundsätzlich kein Unterschied ersehen werden, ob der Dachdecker Rat erteilt, wie ein schadhaftes Dach am besten zu reparieren sei, der Apotheker dieses oder jenes Mittel empfiehlt, oder ob der Bankier zum Ankauf dieses oder jenes Wertpapieres rät. Sie alle üben bei ihrer Raterteilung einen Teil ihrer beruflichen Tätigkeit aus. Ihre Raterteilung liegt in allen Fällen auf dem geschäftlichen Gebiet, indem sie alle unentgeltlich Rat erteilen, in der Hoffnung früher oder später mit dem Beratenen ein entgeltliches Geschäft abschliessen zu können. Sie alle werden auch wegen ihrer besonderen Sachkunde in ihrem Fach oder Beruf befragt, wie denn eine Auskunft immer nur von demjenigen verlangt wird, bei dem der Auskunftsuchende eine gewisse Kenntnis im Gebiet der betr. Frage vermutet. Prüft man daher die oben im Text zitierten Sätze mehr, so ergibt sich, dass sie für jeden Fachmann zutreffen können und keinenfalls für den Bankier charakteristisch sind.

[16]) Es ist jedenfalls nicht richtig, wenn Gieschen S. 34 nach Aufzählung dieser Berufe fortfährt: «Allen diesen ist gemeinsam, dass sie die Auskunft vermöge einer gewissen Sachkunde zu erteilen in der Lage sind und dass sie gerade ihrer Sachkunde wegen angegangen werden.» Vergl. auch Anm. 15 oben.

Damit ein vertragliches Auskunftsverhältnis bejaht werden könne, wird nun weiter verlangt, dass die Raterteilung einen notwendigen Bestandteil im Geschäftsbetrieb eines solchen Fachmannes bilden und sie anlässlich der Berufsausübung erfolgen müsse.

Auch dieses zweite und dritte Erfordernis trifft bei den meisten Berufen in ebenso hohem Masse zu, wie beim Bankier. Wie schon erwähnt, kann jeder Berufsmann anlässlich seiner Berufsausübung gelegentlich in den Fall kommen, Rat erteilen zu müssen; in diesem Fall ist seine Raterteilung im Gebiete seines Berufes für ihn genau so notwendig, wie für den Bankier im Gebiete des Bankwesens. Wie allgemein anerkannt wird und wie es auch nicht anders sein kann, ist das Motiv für die unentgeltliche Raterteilung des Bankiers, dass er dadurch — nebst anderem — seinen Kundenkreis erhält und erweitert. Dies gilt aber auch für jeden anderen Beruf. Durch richtige und sachentsprechende Ratschläge für die Ausführung irgend einer Arbeit oder die Anschaffung eines Gegenstandes, erhält der Berufsmann die Gelegenheit, dem Kunden seine besondere Sachkunde zu zeigen und das Vertrauen in diese Sachkunde zu wecken oder zu festigen. Umgekehrt kann er genau gleich wie der Bankier, durch unrichtige, unsorgfältige und nachlässige Raterteilung anlässlich der Ausübung seines Berufes die Gunst seiner Kunden verlieren.

Mit diesen Ausführungen soll gezeigt werden, dass die Abgrenzungsmerkmale, wie sie diese hier abgelehnte Theorie verwendet hat, in ihrer Allgemeinheit zu weit führen würden. Da die zur Begründung der vertraglichen Haftung des Bankiers verwendeten Kriterien sozusagen bei jedem Berufsmanne zutreffen, so würde jeder von ihnen bei den gegebenen Voraussetzungen v e r t r a g l i c h für die Rat- und Auskunfterteilung haften, was unbedingt zu weit gehen würde. Da aber die Voraussetzungen bei der Ratserteilung des Bankiers, wie gezeigt, die selben sind, wie bei den anderen Berufen, so rechtfertigt es sich auch nicht, nur diesen den strengeren vertraglichen Haftungsgrundsätzen zu unterwerfen, die übrigen Berufe jedoch nicht. Die erörterten Unterscheidungsmerkmale sind daher nicht geeignet, die vertragliche von der ausservertraglichen Auskunfterteilung in befriedigender Weise abzugrenzen und zu begründen.

Es verschlägt auch nichts, wenn eingewendet werden sollte, der Bankier trete vermöge seiner Stellung und Sachkunde in ein besonderes Vertrauensverhältnis zu seinem Kunden. Dies kann bei anderen Berufen in genau gleicher Weise der Fall sein, insbesondere, wenn zwischen dem befragten Berufsmann und seinem Kunden eine Geschäfts-

verbindung besteht oder es sich um bedeutende Aufträge handelt. Dieses möglicherweise vorhandene Vertrauensverhältnis ist für den Bankierberuf keineswegs charakteristisch, sondern ist vielen Berufen eigentümlich, so dass auch daraus nicht eine besondere Behandlung des Bankiers gerechtfertigt würde.

Keine dieser drei hier erörterten Theorien vermag daher eine überzeugende und praktisch leicht durchführbare Begründung für die vertragliche Haftung des Bankiers und ähnlicher Berufe zu ergeben. Diese Haftung lässt sich somit einzig nach den Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen begründen. Immerhin soll im folgenden noch eine weitere Ansicht angeführt werden.

e) Die gewerbsmässige Rat- und Auskunfterteilung und die bundesgerichtliche Praxis.

Es muss zugegeben werden, dass das Resultat der soeben durchgeführten Untersuchung — Haftung des Ratgebers nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlung — nicht in allen Fällen befriedigen kann und die rechtliche Besserstellung des Auskunftgebers im ausservertraglichen Verhältnis durch die tatsächlichen Vorgänge nicht gerechtfertigt ist. Es muss daher in der Tat eine Abgrenzung getroffen werden, wann, abgesehen von den früher behandelten Fällen der entgeltlichen Auskunfterteilung und des Vertragsschlusses durch ausdrückliche Willenserklärung, eine vertragliche Haftung angenommen werden darf.

Dieses abgrenzende Moment scheint in der Gewerbsmässigkeit der Raterteilung zu liegen.

Es gibt eine ziemlich eng begrenzte Reihe von Berufsleuten, bei welchen Rat- und Auskunfterteilung einen Teil ihres gewöhnlichen Gewerbes bildet. Nicht nur sind sie speziell für diese Raterteilung vorgebildet und auf ihrem Gebiete sachverständig, wie dies bei den meisten Berufen in grösserem oder geringerem Masse der Fall ist, sondern sie haben sich auch für die Raterteilung öffentlich empfohlen oder wenigstens ist allgemein bekannt, dass sie die Rat- und Auskunfterteilung gewerbsmässig betreiben. Diese Tätigkeit bildet einen mehr oder weniger bedeutenden Teil ihres gewöhnlichen Gewerbes; darin finden die betreffenden Berufsleute einen Teil ihres regelmässigen Erwerbes, denn diese Art Auskunfterteilung erfolgt in der Regel gegen Entgelt. Der Begriff der Gewerbsmässigkeit ist mit dem Begriff des Erwerbs ver-

knüpft: der Grund für die gewerbsmässige Raterteilung liegt im Erwerb, die betreffenden Berufskategorien gehen direkt darauf aus, Rat und Auskunft zu erteilen, da sie darin einen regelmässigen Erwerb finden.

Dies gilt insbesondere und in erster Linie für den Inhaber einer Auskunftei, bei welchem die blosse Auskunfterteilung Hauptberuf ist. Dann aber auch für den Rechtsanwalt, Notar, Arzt, Ingenieur, Kunstverständigen usw. soweit sie eine bloss beratende Tätigkeit ausüben. Diese Tätigkeit üben sie nun nicht bloss aus, weil sie ein bestimmtes Gewerbe betreiben, bei dessen Ausübung sie sich der Erteilung von Rat und Auskunft im Interesse dieses Gewerbes nicht gut entschlagen können; weil sie also ihre Kunden auf deren Verlangen beraten müssen, wenn sie zu einem ihrem Gewerbe entsprechenden Geschäftsabschluss gelangen wollen. Sie erteilen nicht Rat und Auskunft anlässlich der Ausübung eines bestimmten Gewerbes, welches die Raterteilung notwendigerweise mit sich bringen kann, sondern die Rat- und Auskunfterteilung ist gerade ihr Gewerbe oder ein Teil davon, und die betreffenden Berufsleute suchen direkt diese Tätigkeit, weil sie zu ihrem Gewerbe gehört.

Es rechtfertigt sich nun, den gewerbsmässigen Ratserteiler stets vertraglich haften zu lassen, sofern die Ratserteilung in den üblichen Formen der gewerbsmässigen Raterteilung erfolgt [1]). Der Ratsuchende weiss, dass das Gewerbe des angegangenen Sachkundigen direkt auf die Ratserteilung gerichtet ist und dass er sich fast ausnahmslos stets vertraglich zu richtiger und sorgfältiger Auskunfterteilung zu verpflichten pflegt. Er wird daher in jedem Fall einen mit vertraglicher Sorgfalt erteilten Rat erwarten; dies geht bereits daraus hervor, dass er sich an den gewerbsmässigen Raterteiler gewendet hat, von dem er weiss, dass er im allgemeinen auf Grund eines Vertragsverhältnisses Rat erteilt. Bei ihm sucht er den mit aller Sorgfalt erteilten Rat.

Ein Vertragsverhältnis liegt daher sicher vor, wenn die gewerbsmässige Raterteilung, wie üblich, gegen Entgelt erfolgt, aber zudem auch dann, wenn die gewerbsmässige Raterteilung ausnahmsweise unentgeltlich erfolgen sollte. Denn was der Ratsuchende in erster Linie haben will, ist ein Rat, wie soeben ausgeführt wurde, der mit vertraglicher Sorgfalt erteilt wird, nicht vor allem einen unentgeltlichen Rat. Dem gewerbsmässigen Ratgeber ist dieser Wille ohne weiteres bekannt, und er muss auch nach der Verkehrsübung stets als vorhanden ange-

[1]) Natürlich immer vorausgesetzt, dass keine ausdrückliche Willenserklärung der Parteien vorliegt.

nommen werden, sobald sich der Ratsuchende an den gewerbsmässigen Raterteiler gewandt hat, von dem eben allgemein bekannt ist, dass bei ihm die mit vertraglicher Sorgfalt erteilte Auskunft zu finden ist. Lässt sich daher der gewerbsmässige Auskunftgeber auf eine derartige Auskunfterteilung ein, so muss angenommen werden, dass er in Kenntnis dieses Willens durch sein konkludentes Verhalten mit dem Ratsuchenden stillschweigend den Auskunftsvertrag abgeschlossen habe.

Voraussetzung ist natürlich dabei immer, dass auch diese unentgeltliche Ratserteilung im übrigen durchaus in den Formen und unter den sonst üblichen Umständen der gewerbsmässigen Ratserteilung erfolgt. Nur unter dieser Vorbedingung darf nach der Verkehrsübung der beidseitige Vertragswille als vorhanden betrachtet werden und der Ratgeber kann sich nicht darauf berufen, dass ihm, trotz der äusseren, formalen Gewerbsmässigkeit der Raterteilung, ein Vertragswille gefehlt habe [2]).

Wie gezeigt wurde [3]), kommt sozusagen bei jedem Berufe anlässlich dessen Ausübung nebenbei Rat- und Auskunfterteilung vor, nicht aber erfolgt in jedem Berufe die Raterteilung gewerbsmässig in dem oben entwickelten Sinne. Die erstere Theorie würde dazu führen, dass eine vertragliche Haftung für die Ratserteilung sozusagen bei jedem Berufe bejaht werden müsste, was zu weit führen würde. Wird jedoch nur in den Fällen der gewerbsmässigen Auskunfterteilung vertragliche Haftung angenommen, so ergibt sich eine billige und praktisch leicht durchführbare Abgrenzung der beiden möglichen Arten der Ratserteilung.

Somit erscheint der Schluss gestattet, dass bei unentgeltlicher Ratserteilung für vertragliche Sorgfalt gehaftet wird, sofern der Ratgeber im übrigen gewerbsmässig Rat zu erteilen pflegt und die unentgeltliche Raterteilung in den Formen und unter den sonst üblichen Umständen der gewerbsmässigen Raterteilung erfolgt.

Daraus geht hervor, dass der Bankier — im Gegensatz zum deutschen Recht — für seine unentgeltlichen Ratschläge bloss ausserver-

---

[2]) Hält daher ein gewerbsmässiger Raterteiler (Arzt, Anwalt u. s. w.) zu gewissen, zum voraus bestimmten Zeiten in seinem gewohnten Geschäftslokal (Bureau oder Sprechzimmer) Gratissprechstunden ab oder verlangt er für die Ratserteilung unter denselben Umständen ausnahmsweise kein Entgelt, so muss nach dem im Text Gesagten trotzdem seine vertragliche Haftbarkeit bejaht werden. Dies entspricht auch der Billigkeit. Vergl. hinsichtlich der Beurteilung des konkludenten Verhaltens einer Partei bei fehlendem Vertragswillen die Ausführungen oben S. 23 ff.

[3]) S. oben S. 45 ff.

traglich nach den Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen haftet; denn er wird regelmässig seine Raterteilung nicht gewerbsmässig betreiben, sondern bloss anlässlich eines anderen, auf andere Ziele gerichteten Gewerbes. Er gehört somit nicht zu der Kategorie der gewerbsmässigen Raterteiler.

Dasselbe gilt für fast alle übrigen Berufsleute. Sie haften für ihre Ratserteilungen nicht vertraglich, sondern bloss nach den Normen über die unerlaubten Handlungen (auch wenn sie Rat und Auskunft gelegentlich ihrer Berufsausübung erteilt haben), sofern und solange sie aus ihrer Ratserteilung nicht ein Gewerbe machen. Nehmen sie ausnahmsweise im einzelnen Fall ein Entgelt, so deutet dies allerdings auf einen Vertragsschluss hin und sie haften dann aus d i e s e m Grunde vertraglich [4]).

Das Bundesgericht endlich hat in ständiger Rechtsprechung erklärt, dass in der Erteilung einer Auskunft oder Empfehlung, «sofern sie nicht in Ausübung eines hierauf gerichteten Gewerbes oder überhaupt gegen Entgelt geschieht», der Wille, eine vertragliche Verpflichtung zu übernehmen, nicht erblickt werden könne [5]).

Sofern die Auskunfterteilung gegen Entgelt geschieht oder sogar gewerbsmässig gegen Entgelt, kann dieser Praxis nur zugestimmt werden.

Das Bundesgericht stellt nach der zitierten Formulierung offenbar in erster Linie auf die Entgeltlichkeit ab [6]). Sollte aber in dieser Abgrenzung die Meinung enthalten sein, dass nur bei e n t g e l t l i c h e r Auskunfterteilung, sei sie nun gewerbsmässig entgeltlich oder überhaupt entgeltlich, eine vertragliche Raterteilung anzunehmen sei, so müsste

---

[4]) S. die Ausführungen über die e n t g e l t l i c h e Ratserteilung oben S. 31 ff.

[5]) Diese Abgrenzung wurde erstmals getroffen im bundesgerichtl. Entscheid vom 7. Dezember 1895 i/S. Laurer c. Aeppli; amtl. nicht publ., hingegen in BIHE XV S. 73 = Revue 14 Nr. 45 = Jour. d. Trib. 1896 p. 137 = Revue jud. p. 23. Vergl. über die mehrmalige Bestätigung dieser Praxis oben S. 35, Anm. 15. Neuester gleichlautender Entscheid, BGE 57 II 81. Vergl. auch das nicht publ. Urteil des bern. App. Hofes II. Z. K. vom 18. September 1930 i. S. O. Brupbacher g. H. Trüeb.

Die Formulierung dieser Abgrenzungsmerkmale, wie sie durch das B. Ger. verwendet worden sind, geht offenbar auf den Kommentar H a f n e r zurück, N. 2 zu Art. 392 OR.

[6]) Vergl. den Passus: «in Ausübung eines hierauf gerichteten Gewerbes oder ü b e r h a u p t gegen Entgelt» oder wie es in BGE 57 II 85 heisst: «oder s o n s t gegen Entgelt.»

entsprechend den oben [7]) dargelegten Ausführungen diese Formulierung der Abgrenzungsmerkmale als zu eng bezeichnet werden; denn es muss in der Tat anerkannt werden, dass es Fälle unentgeltlicher Raterteilung geben kann, wo trotz dieser Unentgeltlichkeit das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses bejaht werden muss. Das Bundesgericht hat sich darüber bisher jedoch noch nicht ausgesprochen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass in der deutschen Literatur und Rechtsprechung die deutliche Neigung besteht, bei der Rat- und Auskunfterteilung — sofern der Wille der Parteien nicht klar erkennbar ist — so oft als möglich das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zu bejahen. Die Ueberlegungen, welche zu dessen juristischer Begründung herangezogen worden sind, sind verschiedenartig und zum Teil durch die neuere deutsche Literatur selbst bereits abgelehnt oder überholt worden. So nimmt die deutsche Rechtswissenschaft bei Rat- und Auskunfterteilung vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien bereits an, wenn zwischen ihnen eine Geschäftsverbindung bestanden hat, wenn dem Ratgeber die Wichtigkeit der Auskunft erkennbar gewesen ist oder die Auskunfterteilung ein notwendiges Glied im Geschäftsbetrieb des Ratgebers bildet usw. Noch andere Theorien werden vertreten, die ohne weiteres mit dem Hinweis auf die Bedürfnisse des Verkehrs ein Vertragsverhältnis als vorhanden betrachten. Demgegenüber wurden nach schweizerischem Recht die Fälle vertraglicher Auskunfterteilung, die sich angeblich aus dem konkludenten Verhalten der Parteien ergeben sollen, wesentlich vermindert. Diese Verschiedenheit ergibt sich aber ohne weiteres aus der Verschiedenheit der beiden Rechte. Das Streben der deutschen Rechtswissenschaft nach vertraglicher Haftung im Falle der Rat- und Auskunfterteilung wird nämlich begreiflich, wenn daran erinnert wird, dass es nach deutschem BGB eine allgemeine, ausservertragliche Haftung für Fahrlässigkeit nicht gibt. Im Anschluss an das römische und gemeine Recht hat das BGB bloss eine Haftung für unerlaubte, fahrlässige Beschädigung ganz bestimmter, im Gesetz einzeln und abschliessend aufgezählter Sachen und Rechte statuiert. Da es sich bei unrichtiger Rat- und Auskunfterteilung nur um eine Schädigung des Vermögens handeln kann, das Vermögen aber nach der herr-

[7]) S. oben S. 47.

schenden Auffassung keines der in § 823 BGB erwähnten Sachen und Rechte darstellt, so wird für fahrlässig unrichtige Raterteilung im ausservertraglichen Verhältnis nicht gehaftet. Einzig die vorsätzlich falsche Auskunfterteilung macht bei Fehlen eines Vertragsverhältnisses haftbar [8]). Es ist begreiflich, dass sich auch das Bedürfnis nach einer Haftung für Vermögensbeschädigung einstellte, die durch bloss fahrlässig falsche Raterteilung möglicherweise entstanden ist. Da das BGB dem Ratempfänger im ausservertraglichen Verhältnis einen derartigen Schutz nicht gibt, sondern einzig den Schutz gegen vorsätzlich falsche Raterteilung, mag Rechtsprechung und Literatur dazu gekommen sein, das Auskunftsverhältnis soweit irgend angängig, als Vertragsverhältnis aufzufassen. Dies hatte aber den grossen Nachteil, dass alle möglichen, teilweise sehr gesuchten und gekünstelten Konstruktionen zur juristischen Begründung eines solchen Vertragsverhältnisses herbeigezogen werden mussten.

Nach schweizerischem Recht ist es nun nicht notwendig, die Haftung für Auskunfterteilung unbedingt aus einem Vertragsverhältnis fliessen zu lassen, um zu einem vernünftigen und billigen Ergebnis zu gelangen. Das schweizerische Obligationenrecht hat in Abweichung vom gemeinen und dem darauf aufgebauten, geltenden deutschen Recht und im Anschluss an das französische Recht eine ganz allgemeine Haftung für fahrlässige Schadenszufügung vorgesehen, indem es in Art. 41 Abs. 1 bestimmte: «Wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet» [9]). Damit wird die Haftung für ausservertragliches Verschulden über das Anwendungsgebiet der actio doli und der römischen lex aquilia und ihren Erweiterungen hinaus ausgedehnt [10]). Da auch die bloss fahrlässige, ausservertragliche Vermögensbeschädigung unter Art. 41 OR fällt, ergibt sich eine Haftung für fahrlässige falsche Rat- und Auskunfterteilung bereits aus der Anwendung der schweizerischen Vorschriften über die unerlaubten Handlungen, so dass es sich vollständig erübrigt, ein Vertragsverhältnis zu konstruieren und der Auslegung des Verhaltens der Parteien Gewalt anzutun, um zu diesem Resultat zu gelangen.

---

[8]) Seuff. A. Bd. 46 N. F. Bd. 16 Nr. 258; BlHE XV S. 74; Leonhard S. 32/33; Brand S. 724; Staub, Anhang zu § 349, Anm. 6 und 7; Planck Kom. § 676 Z. 4; Wolff S. 27; Hecht S. 54; Zahnen S. 50 ff. vergl. besonders auch Gieschen S. 43 ff und die dort zitierte Literatur.

[9]) Vergl. dazu Code civil fr. §§ 1382 und 1383.

[10]) BlHE XV S. 74; Oser-Schönenberger, N. 1 zu Art. 41 OR.

II. ABSCHNITT.

Rat- und Auskunfterteilung in engem Zusammenhang mit einem nachfolgenden Hauptvertrag.

Im vorhergehenden Abschnitte sind diejenigen Fälle der Auskunfterteilung erörtert worden, in welchen Rat und Auskunft einziger Inhalt eines unmittelbar hierauf gerichteten Vertrages oder Gefälligkeitsdienstes waren: stets bildete die Erteilung eines Rates oder einer Auskunft das einzige Ziel auf Seiten des Ratsuchenden und den einzigen Gegenstand der Bemühungen auf Seiten des Ratgebers.

Im folgenden soll nun der Fall besprochen werden, wo die Ratserteilung anlässlich von Vertragsverhandlungen erfolgt, die nicht auf den Abschluss eines Auskunftsvertrages, sondern auf den Abschluss irgend eines anderweitigen Vertrages hinzielen, wo somit die Auskunft durch die eine Vertragspartei an die andere erteilt wird. Der praktisch wichtigste Fall ist auch hier wieder die Ratserteilung des Bankiers gegenüber seinem Kunden bei Anlass von Verhandlungen über den Kauf oder Verkauf von Wertpapieren [1]). In der Literatur ist besonders dieser Hauptfall eingehend behandelt worden, wobei aber zu beachten ist, dass die darüber entwickelten Lehren und Grundsätze in gleicher Weise für die Auskunftserteilung bei Anlass von allen übrigen, praktisch in Frage kommenden Vertragsverhandlungen, Geltung haben sollen [2]).

Die Behandlung dieser Fälle, bei welchen die Auskunfterteilung in engem Zusammenhang mit einem auf anderweitige Zwecke gerichteten Hauptvertrage steht, ist in der deutschen Rechtsprechung eine höchst eigenartige. Es wird nämlich ausgeführt, dass die Haftungsgrundsätze, welche auf eine derart gestaltete Ratserteilung Anwendung finden sol-

---

[1]) Es soll daher regelmässig auch hier wieder dieses Beispiel herangezogen werden.

[2]) Vergl. Gieschen S. 28: «Was für den Bankier eben ausgeführt wurde, gilt ebenso für die Ratserteilung anderer Personen». Zu denken ist hier etwa an die Raterteilung eines sachkundigen Unternehmers gegenüber dem laienhaften Besteller über die richtige, sach- und zweckentsprechende Ausführung des bestellten Werkes oder an diejenige des Spediteurs oder Versicherers über die richtige Art und Weise einer Spedition oder Versicherung. Diese Beispiele lassen sich beliebig vermehren. Vergl. den Fall einer Ratserteilung durch den Verkäufer anlässlich von Verkaufsverhandlungen in JZ 26 S. 66 No. 45. Aus dieser Notiz ist jedoch nicht ersichtlich, ob das Handelsgericht von St. Gallen in seinem Urteil vom 4. XII. 28 den Verkäufer nach den Grundsätzen über die vertragliche oder die ausservertragliche Haftung für seine Ratserteilung verantwortlich machen wollte. S. darüber die nachfolgenden Ausführungen im Text.

len, dem nachfolgenden Hauptvertrag entnommen werden müssten. Die Ratserteilung stellt sich nach dieser Auffassung dar, als eine «vom Hauptgeschäft umfasste und bestimmte Nebenleistung», so dass die Haftungsgrundsätze, die für das Hauptgeschäft gelten, daher auch auf die vorhergehende Ratserteilung zur Anwendung kommen sollen [3]).

Diese Ansicht der herrschenden deutschen Rechtsprechung, dass die vor Abschluss des Geschäftes unter den Parteien erfolgte Ratserteilung als «unselbständige Nebenverpflichtung zu der vertraglichen Hauptverpflichtung» oder als «integrierender Teil des als ein zusammenhängendes Ganzes zu betrachtenden Geschäftes» anzusehen sei, hat neben vielen Anhängern, doch auch bereits Gegner gefunden. So haben Alsberg und Brand [4]) darauf hingewiesen, dass es mit der Logik unvereinbar sei, wenn das Reichsgericht auf diese vor dem Vertragsschluss erfolgte Auskunftserteilung die Grundsätze des erst nachher abgeschlossenen Vertrages anwende, während doch im Moment der Ratserteilung dieser Vertrag noch gar nicht bestanden habe. Es ist offenbar unmöglich, die Haftung für diese Empfehlung aus einem Vertrage abzuleiten, der zur Zeit der Empfehlung noch gar nicht bestanden hat. Dies würde bedeuten, dass man das Verhalten der Parteien bei Anlass der Raterteilung vorläufig juristisch nicht qualifiziert, sondern diese Frage in der Schwebe lässt, um dann erst nach Abschluss des nachfolgenden Vertrages dessen Grundsätze auch auf die vorhergehende Empfehlung anzuwenden [5]). Abgesehen davon, dass dieses Vorgehen allgemein reichlich willkürlich erscheint, können die in Form von Rat und Empfehlung abgegebenen Erklärungen der Kontrahenten entweder nur von vorneherein in einem bestimmten Sinne rechtserheblich sein oder überhaupt nicht.

Zudem handelt es sich bei den Diensten, die der Bankier seinem Kunden leistet, um blosse Vorbereitungen des nachfolgenden Geschäfts, wie das Reichsgericht dies selber ausgedrückt hat [6]), und somit nicht um einen Teil dieses Geschäftes selbst. Endlich wies zuerst Alsberg

---

[3]) RG. i. Z. 42 S. 131.
Vergl. Gieschen S. 24: «Danach bestimmt sich also die Haftung des Bankiers nach dem Kauf- oder Kommissionsgeschäft, das der Kunde später mit dem Bankier tätigt. Die Ratserteilung ist nur eine Nebenverpflichtung des Vertrages, den der Kunde mit ihm abschliesst». Aehnlich Hecht S. 32; Wolff S. 29; v. Ziegler S. 2 ff; Schulthess S. 13, 22; Staudinger 9. a. § 676 1, a; Staub, Anhang zu § 349 HGB. Anm. 16 ff. u. a. Ziff. 5.

[4]) S. Literaturverzeichnis.

[5]) So auch Leonhard S. 19 ff; Katzenstein S. 22; Gieschen S. 24 ff u. a.

[6]) RG. i. Z. 42 S. 131 ff.

darauf hin, dass eine Haftung nicht eintreten würde, wenn es zu einem nachfolgenden Vertragsabschluss mit dem Ratgeber nicht kommen sollte, sei es, dass der Bankkunde nicht mit dem beratenden, sondern mit einem anderen Bankier das Geschäft abschliesst oder dass ihm der Bankier von einem in Wirklichkeit vorteilhaften Geschäftsabschluss abgeraten hat. Da ein Vertrag somit überhaupt nicht vorhanden ist, weder bei noch nach dem Zeitpunkt der Ratserteilung, versagt hier die Theorie auch praktisch, weil auch in diesen Fällen eine Vermögensschädigung eintreten kann.

Die eingehende Begründung für die Ablehnung der reichsgerichtlichen Ansicht haben Alsberg und Brand gegeben; es sei hier auf ihre Ausführungen verwiesen [7]).

Die Gegner der Theorie des Reichsgerichtes müssen nun aber, um zu einem billigen Ergebnis zu gelangen, in der vor dem Abschluss des Hauptvertrages stattfindenden Rat- und Auskunfterteilung selbst wieder einen selbständigen Vertragsschluss erblicken [8]). Dem Abschluss des Hauptvertrages ginge demnach ein selbständiger Auskunftsvertrag voraus, den die Parteien durch konkludentes Verhalten miteinander abgeschlossen haben sollten. Eine weitere Ansicht [9]) nimmt sogar stillschweigenden Abschluss eines Garantievertrages an, wonach sich der Bankier stillschweigend verpflichten würde, für die Richtigkeit seines Rates oder seiner Auskunft einzustehen!

Das konkludente Verhalten der Vertragsparteien, aus dem sie auf einen vorhandenen, auf den Abschluss dieses speziellen Auskunftsver-

---

[7]) Die Auffassung des Reichsgerichtes von der Raterteilung als einer Nebenleistung in einem Hauptvertrag würde durchaus zutreffen, wenn diese Raterteilung in einem auf andere Zwecke gerichteten Hauptvertrag vom Ratsuchenden vertraglich einbedungen würde. Ein solches Beispiel bietet der Fall in BGE 21 S. 1218, wo ein Notar mit der Verwaltung eines Vermögens beauftragt und zugleich in dem diese Vermögensverwaltung betreffenden Vertrag vereinbart worden ist, dass der Vermögensverwalter seiner Auftraggeberin sachdienliche Ratschläge für die ganz sichere Neuanlage freigewordener Kapitalien zu erteilen habe. Der Hauptinhalt dieses Vertrages ging auf die Vermögensverwaltung (Einziehung von fälligen Zinsen, Kontrolle der Auslosungen, Wahrung der Gläubigerrechte u. s. w.) und die Raterteilung bei Neuanlagen von Kapitalien kann hier als blosse Nebenleistung betrachtet werden, allerdings als eine Nebenleistung, die ohne Zweifel einen Teil des Vertragsinhaltes bildete. Die Raterteilung musste daher auf alle Fälle unter Beobachtung vertraglicher Sorgfalt erfolgen, wie das B. Ger. dies in seinem Entscheid auch angenommen hat (S. 1226 ff). Vergl. ein ganz ähnliches Beispiel von Finanzberatung im Entscheid des B. Ger. vom 13. Oktober 1931 i. S. M. c. X, amtl. nicht publiziert; S. «Basler-Nachrichten», 3. Beilage zu Nr. 302 vom 3. November 1931.

[8]) Alsberg S. 322; Brand S. 727; Lindemann-Sörgel S. 711, § 676 Z. 2; Katzenstein S. 26 u. a.

[9]) Barth S. 288 ff. II. 1908.

trages gerichteten Vertragswillens glauben schliessen zu dürfen, liege einerseits darin, dass auch hier die Ratserteilung einen «notwendigen Bestandteil der gesamten Geschäftstätigkeit des Bankiers» bilde, oder aber darin, dass der Bankier, wenn er seinem Kunden Rat erteile, aus der Rolle eines blossen Verkaufslustigen heraustrete und dem Kunden nicht mehr wie irgend ein Verkäufer, sondern vielmehr wie ein objektiver Sachverständiger Rat erteile und so die Interessen seines Kunden nach besten Kräften wahrnehme [10]). Wann ein solches Heraustreten aus der Rolle des blossen Verkäufers stattfinde, sei im einzelnen Fall festzustellen!

Alle diese Theorien, die vor dem eigentlichen Hauptvertrag einen stillschweigend abgeschlossenen Auskunftsvertrag annehmen, kranken, abgesehen von der Kompliziertheit ihrer Konstruktion, an demselben Uebel:

Um der praktischen Nützlichkeit und Zweckmässigkeit willen wird in einer Reihe von Fällen das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses bejaht, obschon das Verhalten der Parteien durchaus nicht zu dieser Annahme zwingt, ihr Verhalten für ihren Vertragswillen keinenfalls schlüssig, konkludent ist. Es können daher zur Ablehnung dieser Auffassung dieselben Gesichtspunkte herangezogen werden, die bereits im vorhergehenden Abschnitt zur Ablehnung einer Reihe ähnlicher Theorien geführt haben. Dazu kommt noch, dass die Banken immer wieder betonen, dass sie sich aus ihrer Ratserteilung nicht gebunden erachten, sondern dass diese ihre Bemühungen rein unverbindlich und aus Gefälligkeit erfolgten [11]).

Wenn nun auch solche Erklärungen unbeachtlich sind, sofern sie mit dem übrigen Verhalten der Erklärenden in Widerspruch stehen und aus diesem sonstigen Verhalten der Vertragsgegner und der neutrale

---

[10]) Leipziger Zeitschrift 8, 604,1; v. Ziegler S. 6; Schulthess S. 14.
Vergl. z. B. v. Ziegler S. 6: «Allein, der Bankier kann aus der Rolle eines blossen Verkaufsliebhabers auch heraustreten. Er ist ja kraft seines Gewerbes Experte, dem der Käufer auf diesem Gebiet mehr oder minder als Laie gegenübertritt (bei welchem Beruf trifft dies nicht zu?); wenn der Kunde sich von ihm einen Rat über die Güte von Wertpapieren geben lässt, oder ihn ersucht, ihm Papiere zum Kauf zu empfehlen, so will er dabei — was im einzelnen Fall festzustellen ist — dass der Bankier als objektiver Sachverständiger, sein, des Kunden, Interesse wahrnimmt und nicht wie irgend ein Händler seine Ware anpreist, um für sich selbst Vorteile zu erzielen». Die Gerichte wären jedenfalls nicht zu beneiden, die im «einzelnen Fall» ein solches «Heraustreten aus der Rolle des blossen Verkaufslustigen» feststellen sollten.

[11]) Vergl. z. B. Fritz Zimmermann-Locher in J. Z. 1929/30, 26. Jahrg. S. 277: «Die Bank lässt ihre Auskünfte und Orientierungen über die diversen Wertpapiere ihren Klienten und Interessenten ebenso kostenlos wie unverbindlich zuteil werden, als sog. service im eigentlichen Sinne des Wortes».

Beurteiler objektiv und zwingend auf den vorhandenen Vertragswillen schliessen darf, so drängt sich dieser Schluss doch bei der Bankauskunft keinenfalls auf; dies um so weniger, als diese generell abgegebenen Erklärungen doch eher auf das Gegenteil hindeuten. Es ist ganz allgemein ungerechtfertigt und unbillig, die Fälle des stillschweigenden Vertragsschlusses in derart weitgehender Weise auszudehnen; denn die wenigsten Berufsleute, die vor oder bei Abschluss eines Geschäftes Rat und Auskunft zu erteilen pflegen, werden sich bewusst sein, dass sie infolge dieser blossen Raterteilung stillschweigend in ein hierauf gerichtetes Vertragsverhältnis eingetreten sind, das sie verpflichtet, mit derselben vertraglichen Sorgfalt ihren Rat zu erteilen, wie es der Arzt oder Anwalt in seiner Sprechstunde tun muss. Dies um so weniger, als ihre Ratserteilung vollständig unentgeltlich zu sein pflegt.

Es ist daher vielleicht auch hier der Verdacht gerechtfertigt, dass die Annahme eines stillschweigenden Vertragsschlusses nur den ungenügenden Notbehelf darstellt, um die schlussendlich bezweckte vertragliche Haftung in diesem Falle juristisch konstruieren und begründen zu können, weil die ausservertragliche Haftbarkeit in ihrer Beschränkung auf die Haftung für dolose Raterteilung auch hier nicht ausreicht, dass also die deutsche Rechtsprechung und Literatur aus demselben Grunde auch hier zur Annahme vertraglicher Haftung gedrängt hat, wie dies bereits in andern Fällen der Rat- und Auskunfterteilung geschehen ist [12]).

Die neueste [13]) und auf den ersten Blick überzeugendste Ansicht ist nun aber diejenige, welche die Haftbarkeit des Ratgebers im vorliegenden Fall (enger Zusammenhang mit einem nachfolgenden Hauptvertrag) aus der fortentwickelten Jhering'schen Lehre von der culpa in contrahendo zu erklären versucht hat.

Von Tuhr [14]) hat darauf hingewiesen, dass durch das Eintreten in Vertragsverhandlungen unter den zukünftigen Vertragschliessenden ein Rechtsverhältnis entsteht, aus welchem sich für die Parteien Pflichten ergeben, die sich nicht auf die Erfüllung des Vertrages beziehen, sondern auf das Verhalten während den Vertragsverhandlungen. Insbesondere entsteht bereits zu Beginn der Vertragsverhandlungen für die Parteien die Pflicht, einander in gewissem Masse Aufklärung über Tat-

---

[12]) Vergl. die Ausführungen im vorhergehenden Abschnitte oben S. 30 ff, insbesondere am Schluss S. 51 ff.

[13]) Gieschen S. 25 ff.

[14]) v. Tuhr, Allg. Teil II, 1 S. 486; v. Tuhr OR I, § 24 VII, S. 169 ff.

sachen zu geben, die für den Entschluss des Vertragspartners von ausschlaggebender Bedeutung sind. Diese Pflichten sollen aus dem bereits vor Abschluss des bezweckten Vertrages unter den Parteien vorhandenen Rechtsverhältnis fliessen, welches durch das «einseitige Rechtsgeschäft des Vertragsangebotes oder die Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsbesprechungen» [15] zu Stande gekommen ist. Dieses Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen, wie es direkt genannt wird [16], gibt die Erklärung und Begründung für die Folge, dass ein Verstoss gegen die daraus fliessenden Pflichten zu Schadenersatz verpflichtet und zwar gleichgültig, ob der bezweckte Hauptvertrag zu Stande kommt oder nicht. Es herrscht Streit [17], ob bereits der bloss tatsächliche Verstoss gegen eine derartige Pflicht Schadenersatzfolgen nach sich ziehe oder nur der schuldhafte, vorsätzliche oder fahrlässige Verstoss und ferner, ob bei Nichtzustandekommen des beabsichtigten Vertrages das positive oder negative Vertragsinteresse zu ersetzen sei (Erfüllungsinteresse oder Vertrauensinteresse, Vertrauensschaden). Diese Fragen sind besonders wichtig bei fehlerhaftem Zustandekommen des Vertrages infolge von Irrtum einer Partei (Art. 23 und 26 OR), fehlender Vertretungsmacht (Art. 36 und 39 OR) und fehlender Handlungsfähigkeit (Art. 411 ZGB).

Für die Rat- und Auskunfterteilung ist vorerst einzig wichtig, dass bereits vor Abschluss des beabsichtigten Hauptvertrages das Bestehen eines derartigen Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen bejaht wird, dass ferner tatsächlich im Gesetz bestimmte Pflichten umschrieben sind, welche die in Vertragsverhandlungen stehenden Parteien schon vor Abschluss des Vertrages zu beachten und zu erfüllen haben, und dass ein Verstoss gegen solche Pflichten in der Tat Schadenersatzfolgen nach sich ziehen kann (Art. 26 und 39 OR) [18].

Es lag nun nahe, auch die vor dem Vertragsabschluss erfolgende Rat- und Auskunfterteilung unter die Grundsätze dieses Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen fallen zu lassen und als eine daraus

---

[15] Stoll S. 545. Solche Pflichten sollen z. B. sein: die Sorgfaltspflicht bei der Abgabe von Erklärungen; die Erkundigungspflicht vor Vertragsschluss, ob eine zu versprechende Leistung möglich und erlaubt ist; Haftung für arglistig verschwiegene Sach- und Rechtsmängel, welche auf einer Mitteilungspflicht beruht, die schon beim Vertragsabschluss vorhanden sein muss u. s. w. s. Stoll S. 537.

[16] Stoll S. 545; v. Tuhr OR I, § 24 VII, S. 170.

[17] Vergl. Stoll, S. 545 ff.

[18] Ein derartiger Verstoss wird seit der grundlegenden Arbeit von Jhering, Jahrbuch für Dogmatik IV, S. 1 ff, 1861, in der Regel als culpa in contrahendo bezeichnet.

sich ergebende Pflicht auch die sorgfältige Raterteilung zu bezeichnen [19]).

Wird gegen diese Verpflichtung schuldhaft verstossen, so folge aus den Grundsätzen über die culpa in contrahendo die Schadenersatzpflicht, gleichgültig, ob es später zum beabsichtigten Vertragsschluss gekommen sei oder nicht.

Wie weit diese Unterstellung der Raterteilung unter das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen an und für sich begründet ist, soll später noch erörtert werden. Vorerst ist folgendes zu erwähnen:

In der Lehre über die culpa in contrahendo, auf welche sich die soeben geschilderte Ansicht einzig beruft, hat sich die Streitfrage erhoben, ob die bei Verschulden während den Vertragsverhandlungen tatsächlich bestehenden Schadenersatzpflichten auf vertraglicher Basis oder auf den Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen beruhten. Soviel ersichtlich ist, wird von keiner Seite behauptet, dass während den Vertragsverhandlungen ein eigentlicher Vertrag bereits vorliege. Das Fehlen eines Vertrages geben vielmehr auch diejenigen zu, welche trotzdem die Anwendung von Vertragsgrundsätzen befürworten. Es scheine nämlich richtiger, «den Schadenersatz, obgleich kein Vertrag vorliegt, nicht nach deliktischen Grundsätzen, sondern nach Analogie der Vertragsverletzung zu behandeln» [20]).

Dieser Ansicht gegenüber lassen sich jedoch sehr gewichtige Gegengründe anführen.

Unser Obligationenrecht unterscheidet einzig vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzverpflichtungen; vertragliche nur dann, wenn sie Rechtsfolgen einer vertraglich übernommenen Pflicht sind [21]). Für beide Arten gelten eine Reihe wesentlich verschiedener Bestimmungen, so dass stets untersucht und entschieden werden muss, ob in casu eine vertragliche oder eine ausservertragliche Schadenersatzpflicht vorliegt.

Nun behaupten die Anhänger der vertraglichen Schadenersatzpflicht im Falle der culpa in contrahendo selber nicht, dass im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen bereits ein Vertrag vorhanden sei, sondern

---

[19]) So Gieschen S. 28.

[20]) v. Tuhr OR I, § 24 VII, S. 170. Früher war v. Tuhr gegenteiliger Ansicht, indem er sich für Anwendung des Deliktrechtes ausgesprochen hat, allerdings mit Bedenken bezüglich des Art. 55 OR; vergl. ZSchwR N. F. 16, S. 17 ff und v. Tuhr OR I § 24 Anm. 88 S. 170.

[21]) Vergl. Simonius ZSchwR, Bd. 59, N. F. 37, 1918, S. 232.

bloss ein «Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen» oder ein «unvollkommener Vertragstatbestand» [22]). Die Verletzung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung ist somit ausgeschlossen und unmöglich, da ein Vertrag, aus welchem solche Pflichten sich ergeben könnten, anerkanntermassen nicht besteht.

Es könnte nun eingewendet werden, die Verletzung der Pflichten aus dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen sei allerdings kein Verstoss gegen Vertragspflichten, sondern sie sollen einzig analog der Verletzungen solcher Pflichten behandelt werden. Dem ist aber entgegenzuhalten: Wenn die Verletzung dieser anerkanntermassen nicht vertraglichen Pflichten die genau gleichen Folgen zeitigen sollen, wie der Verstoss gegen Vertragspflichten d. h. wenn die Folgen einer solchen Verletzung analog sein sollen den Folgen aus Vertragsverletzung, dann müssen die verletzten Pflichten in gleicher Weise auch den Vertragspflichten in ihrer Eigenart entsprechen. Sonst wäre diese Gleichbehandlung ungerechtfertigt. Diese Bedingung ist aber tatsächlich nicht vorhanden, indem ausdrücklich anerkannt wird, dass ein Vertrag nicht vorliege und aus einem anderweitigen Verhältnis offenbar keine Pflichten entstehen können, die in allem den Vertragspflichten gleichkommen. Andernfalls müsste die Quelle solcher Pflichten eben als Vertrag bezeichnet werden. Es ist daher ein Widerspruch, wenn einerseits die Annahme eines Vertrages abgelehnt wird, andererseits dem Handelnden auf Grund eines vertragsähnlichen Verhältnisses Pflichten auferlegt werden, deren Verletzung die genau gleichen Folgen ergeben sollen, wie die Verletzung von Vertragspflichten.

Schliesslich ist auch gar nicht ersichtlich, aus welchem Grunde gerade diese vorvertraglichen Pflichten gleich oder analog den Vertragspflichten behandelt werden müssen. Jede Person hat im Zusammenleben mit anderen Personen immerfort eine Menge von Pflichten zu beachten, von denen niemand behaupten würde, dass sie analog von Vertragspflichten zu beurteilen seien: so besteht die Pflicht, die körperliche Integrität des Mitmenschen nicht zu verletzen, ebensowenig seine Ehre, seine Freiheit, seine Persönlichkeitsrechte überhaupt, aber ebensowenig sein Vermögen, seine Sachen usw. So ist jedes Rechtssubjekt Träger der verschiedenartigsten Rechte, denen auf Seiten der mit ihm in Berührung tretenden Personen entsprechende Pflichten gegenüberstehen, wobei eine Verletzung dieser Rechte oder Pflichten ausservertragliche Reparationsfolgen nach sich zieht. Der Schädiger

---

[22]) Vergl. Becker, N. 1 zu Art. 26 OR.

mag dabei mit dem Geschädigten noch in engeren Beziehungen gestanden haben, als dies die Vertragsverhandlungen und Vertragsbesprechungen mit sich zu bringen vermögen und trotzdem werden die Verletzungsfolgen in diesem Falle nicht analog den aus einer Vertragsverletzung resultierenden Folgen behandelt; sondern aus der Verletzung aller Pflichten, die nicht speziell durch einen Vertrag begründet worden sind, entstehen eben ausservertragliche Ersatzpflichten.

Da anerkannt ist, dass während den Vertragsverhandlungen ein Vertrag noch nicht vorliegt [23]), so können auch die Sorgfaltspflichten, die jedermann aufwenden muss, wenn er mit einem andern in Vertragsbeziehungen tritt, nicht zu diesen speziell durch Vertrag begründeten Pflichten gehören. Es sind dies vielmehr Pflichten, die jedermann beobachten muss, wenn er mit einer andern Person in Berührung gerät. Wie allgemein in diesem Fall, so hat er sie auch zu beachten, wenn er zum Zwecke der Vertragsverhandlungen in diese Berührung kommt. Zudem ist nicht zu vergessen, dass die Verletzung und Schädigung nicht durch die Vertragsverhandlungen als solche erfolgt, sondern bloss bei Gelegenheit, bei Anlass von Vertragsbesprechungen infolge unrichtiger Ratserteilung. Dieser Anlass, wobei zwei Personen miteinander in Berührung kommen, könnte auch ein ganz anderer sein, als ausgerechnet Vertragsverhandlungen. Es leuchtet aber nicht ein, diese Schädigung durch unrichtige Rats- und Auskunfterteilung, die sich sonst in keiner Weise von andern ausservertraglichen Schädigungen unterscheidet, deshalb den Grundsätzen über die Verletzung vertraglicher Pflichten zu unterstellen, weil sie bei Anlass, bei Gelegenheit, von Vertragsverhandlungen stattgefunden hat.

Es scheint daher gerechtfertigt, auf das Verschulden während den Vertragsverhandlungen die Grundsätze über die ausservertragliche Schadenshaftung anzuwenden, entsprechend der herrschenden Ansicht in der schweizerischen Rechtswissenschaft [24]). Mag man daher auch die Rats- und Auskunfterteilung anlässlich von Vertragsverhandlungen den Grundsätzen über die culpa in contrahendo unterstellen, so müssen entsprechend der herrschenden Lehre über diese culpa auf die Folgen einer Schädigung durch eine derartige Ratserteilung die Grundsätze über die unerlaubten Handlungen Anwendung finden.

---

[23]) S. oben S. 59.

[24]) Vergl. Simonius, ZSchwR 59, N. F. 37, 1918, S. 232. Vergl. ferner Burckhardt C. Chr., Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, 1903, in ZSchwR Bd. 44 N. F. 22, S. 498.

Bei den obigen Ausführungen wurde immer vorausgesetzt, dass die Unterstellung der Rat- und Auskunfterteilung unter das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen an und für sich gerechtfertigt sei. Es ist aber immer noch fraglich, ob die Verpflichtung zu sorgfältiger Auskunfterteilung auch noch ein Ausfluss dieses etwas unbestimmten Rechtsverhältnisses sei. Die einzelnen Pflichten, die sich daraus ergeben, sind einesteils im Gesetz ausdrücklich erwähnt, wie z. B. die Gebundenheit des Offerenten an seine Offerte während einer bestimmten Zeit [25]), andererseits ergeben sie sich aus der Natur der Sache [26]). Immer handelt es sich aber um eine Pflicht, deren sich der Pflichtige nicht entschlagen kann und die zur richtigen Herbeiführung des beabsichtigten Vertrages erfüllt werden muss. Dies ist bei der Rat- und Auskunftserteilung jedoch nicht der Fall; es dürfte unbestritten sein, dass eine P f l i c h t des einen Vertragskontrahenten zu Rat- und Auskunfterteilung gegenüber seinem Vertragspartner im allgemeinen nicht besteht. Es ist somit zum mindesten fraglich, ob diese Unterstellung von Rat und Auskunft unter das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen an und für sich gerechtfertigt ist. Zudem bemerkt S t o l l [27]), auf welchen sich die in Frage stehende Theorie besonders stützt, ausdrücklich und nach Aufzählung einer ganzen Reihe von Pflichten, die nach seiner Auffassung aus dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen fliessen sollen: «Andererseits hält es das Gesetz (§ 676 BGB) für nötig, ausdrücklich hervorzuheben, dass aus blosser Ratserteilung keine Verpflichtung erwächst, eben weil es in ihr allein keinen rechtsverbindlichen Vertrag sieht.»

Zusammenfassend lässt sich somit sagen:

Die Schädigung, die dadurch entstanden ist, dass anlässlich von Vertragsverhandlungen die eine Partei der andern unrichtigen Rat oder Auskunft erteilt hat, ist nicht nach den Grundsätzen über den Schadenersatz infolge Vertragsverletzung, sondern nach denjenigen über die unerlaubten Handlungen zu beurteilen.

Dieses Resultat erscheint denn auch nicht unbillig, wenn berücksichtigt wird, dass Art. 41 OR für jede vorsätzliche oder fahrlässige Vermögensbeschädigung eine Schadenersatzpflicht festgesetzt hat, während, wie schon früher erwähnt, nach deutschem BGB für fahrlässige Vermögensbeschädigung in dieser Allgemeinheit nicht gehaftet wird.

---

[25]) Vergl. G i e s c h e n S. 26.

[26]) Z. B. die Erkundigungspflicht des Verkäufers, ob seine Leistung überhaupt erlaubt oder möglich sei.

[27]) S. 537.

Dies mag für die deutsche Theorie und Praxis auch hier wieder der tiefere Grund für die Bejahung vertragsähnlicher Bindungen und damit für die Bejahung einer auf der Verletzung vertraglicher Pflichten beruhender Schadenersatzpflicht gewesen sein [28].

Bemerkt sei endlich noch, dass das Schweizerische Bundesgericht die in diesem Abschnitt behandelte Frage bisher nicht entschieden hat. In einem bezüglichen Fall aus der neuesten Zeit [29] insbesondere hat das Gericht in seinem Entscheid auf die Verjährung abgestellt, so dass der materielle Punkt im Wesentlichen unerörtert geblieben ist.

---

[28] Vergl. darüber die Ausführungen oben S. 51 ff.
[29] BGE 53 II 336.

DRITTES KAPITEL.

Die juristische Natur des Auskunftsvertrages.

Die juristische Natur des Auskunftsvertrages ist umstritten. In der Literatur Deutschlands wird er von der herrschenden Ansicht als Werkvertrag betrachtet [1]), eine Minderheit fasst ihn als Dienstvertrag auf [2]), während eine dritte Gruppe Dienstvertrag annimmt, falls eine Auskunft, Werkvertrag hingegen, falls die Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung Gegenstand der Verpflichtung ist [3]).

Ein Auftragsverhältnis wird übereinstimmend jedenfalls nur bei unentgeltlicher Ratserteilung anerkannt, da nach BGB § 662 die Ausführung eines Auftrages unentgeltlich erfolgen muss, entsprechend der Auffassung des vorklassischen römischen Rechts [4]).

Als mögliche Vertragstypen, unter welche der Auskunftsvertrag einzureihen wäre, kommen in der Tat einzig der Dienstvertrag, der Werkvertrag und der Auftrag in Frage, sofern nicht ein contractus sui generis angenommen werden soll, womit jedoch in keiner Weise etwas gewonnen wäre.

Da die freien Dienstleistungen an und für sich Gegenstand aller erwähnten Vertragsformen sein können [5]) und der Auftrag sich am besten

---

[1]) Vergl. statt aller Brunswig, S. 87 und die in seiner Anm. 25 zitierte Literatur.

[2]) So besonders Brunswig S. 87 ff.

[3]) So Gieschen S. 14 ff. Diese Ansicht ist im praktischen Fall besonders unglücklich, weil eine scharfe Trennung und nachträgliche Feststellung der verschiedenen Arten der Aeusserung regelmässig nicht möglich ist. Vergl. die Ausführungen im Text oben S. 4 ff.

[4]) mandatum nisi gratuitum nullum est; L 1 § 4 D 17, 1. Trachsel S. 138.

[5]) Vergl. Oser-Schönenberger N. 2 und 36 zu Art. 319 OR.

negativ von den übrigen Arbeitsverträgen abgrenzen lässt, soll im folgenden in erster Linie geprüft werden, ob der Auskunftsvertrag die Voraussetzungen des Dienstvertrages oder des Werkvertrages erfüllt.

Sowohl Dienstvertrag als Werkvertrag sind entgeltliche Verträge [6]). In allen Fällen der unentgeltlichen Ratserteilung, bei welchen infolge besonderer Umstände trotz der Unentgeltlichkeit ein Vertragsverhältnis bejaht werden muss, kann daher niemals ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegen. Ein wesentliches Merkmal dieser beiden Verträge, die Entgeltlichkeit, fehlt, sodass die unentgeltliche Auskunftserteilung ohne Zweifel unter die gesetzlichen Bestimmungen über den einfachen Auftrag fällt; dabei immer vorausgesetzt, dass überhaupt ein Vertragsverhältnis vorhanden ist und nicht ein blosser Gefälligkeitsdienst, der Rechtswirkungen nicht erzeugt hat.

Aber auch bei entgeltlicher Ratserteilung muss auf Grund des schweizerischen Obligationenrechts das Vorliegen eines Dienst- oder Werkvertrages verneint werden; auch bei entgeltlicher Ratserteilung liegt einfacher Auftrag vor, was im Folgenden näher begründet werden soll.

Unter dem Randtitel «Begriff» bestimmt Art. 319 Abs. 1 OR: Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Dienstpflichtige zur Leistung von Diensten auf bestimmte oder unbestimmte Zeit und der Dienstherr zur Entrichtung eines Lohnes.

Wie aus dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung hervorgeht, ist dem Dienstvertragsbegriff nach schweizerischem Recht das Zeitmoment charakteristisch: Der Dienstvertrag unterscheidet sich von den übrigen Arbeitsverträgen (Werkvertrag, Auftrag) dadurch, dass der zu Dienstleistungen Verpflichtete seine Dienste während einer bestimmten oder unbestimmten Zeit leistet und damit zum Dienstherrn in ein Verhältnis von gewisser Dauer tritt. Entscheidendes Merkmal des Dienstvertrages ist gemäss der Legaldefinition somit die Zeitspanne, während welcher der Dienstpflichtige für den Dienstherrn arbeitet und die Vertragsparteien im Verhältnis eines Dienstpflichtigen und eines Dienstherrn stehen. Diese Zeitdauer kann auf beliebige Weise bestimmt werden (Stunde, Tag, Woche, Monat, Jahr, bis zur Kündigung usw.).

Ein weiteres, allerdings im Gesetz nicht ausdrücklich erwähntes Kennzeichen des Dienstvertrages ist der Umstand, dass zwischen

---

[6]) Oser-Schönenberger, N. 15 zu Art. 319 OR und Oser, N. 3 b zu Art. 363 OR.

Dienstpflichtigem und Dienstherrn in grösserem oder geringerem Masse stets ein Unterordnungsverhältnis entsteht. Dieses sog. Anstellungsverhältnis kennzeichnet sich dadurch, dass der Dienstpflichtige seine Arbeit unter der Aufsicht und nach den Anordnungen des Dienstherrn zu leisten hat. Eine derartige Unterordnung des zu Diensten Verpflichteten unter die Leitung des Dienstherrn ist eine Erscheinung eines jeden Dienstvertrages, mag sie sich im einzelnen Fall für den Dienstpflichtigen auch kaum fühlbar machen. Als geschlossener Begriff des Dienstvertrages wird daher direkt ein Vertrag bezeichnet, durch den sich der Dienstpflichtige verpflichtet, auf Rechnung des Dienstherrn in einem von diesem geleiteten Betrieb während bestimmter oder unbestimmter Zeit zu arbeiten und dieser ihm einen . . . Lohn zu zahlen [7]).

Es ist klar, dass die alltägliche Auskunftserteilung keinenfalls unter diesen Dienstvertragsbegriff, wie ihn das schweizerische Recht herausgebildet hat, fallen kann. Insbesondere spielt das Zeitmoment bei der Ratserteilung keine Rolle, indem über eine bestimmte Sach- oder Rechtslage, aber nicht während einer bestimmten oder unbestimmten Zeitdauer, Rat zu erteilen ist [8]).

In den weitaus häufigsten Fällen wird es dem Ratsuchenden nicht darauf ankommen, den Ratgeber für eine gewisse Zeitspanne zum Zwecke der Ratserteilung zu verpflichten und zu seiner Verfügung zu halten. Kommt dies ausnahmsweise doch vor, so muss daraus allerdings auf Dienstvertrag geschlossen werden, z. B. beim Arzt, im Verhältnis zum Privatspital, das ihn angestellt hat oder beim Rechtskonsulenten einer Bank oder eines andern Unternehmens [9]). Hier liegt dann aber neben dem Zeitmoment das weitere Merkmal des Dienstvertrages, das Unterordnungsverhältnis, vor, während es bei der gewöhnlichen Rat- und Auskunfterteilung regelmässig fehlt.

Fraglich erscheint einzig noch der Fall, wo der Ratgeber zur Raterteilung für die Dauer der Abwicklung eines bestimmten Geschäfts oder einer bestimmten Verhandlung verpflichtet wird, die voraussichtlich eine bestimmte Zeit dauern wird (ein Vormittag, ein Tag, eine

---

[7]) Trachsel S. 136.

[8]) Es ist möglich, dass der Ratgeber sein Honorar (Lohn) nach der für diese Rat- oder Auskunftserteilung aufgewendeten Zeit berechnet. Dieser Umstand ist aber regelmässig keine Vertragsbedingung, sondern gibt dem Ratgeber möglicherweise nur einen von mehreren Anhaltspunkten für die Berechnung seines Lohnes. Neben der aufgewendeten Zeit dürften dafür in der Regel noch andere Berechnungsgrundlagen ins Gewicht fallen, wie Schwierigkeit und Wichtigkeit der zu beurteilenden Sache usw.

[9]) Vergl. Oser-Schönenberger, N. 36 zu Art. 319 OR.

Woche usw.). Hier hat der Ratgeber allerdings nicht ständig Rat zu erteilen, er hat jedoch ständig anwesend zu sein und den Verhandlungen zu folgen: er steht während dieser bestimmten Zeit seinem Arbeitsherrn zur Verfügung, so dass das Unterordnungsverhältnis vorhanden ist; der Arbeitsherr wird bestimmen, über welche Punkte, in welcher Form und wem er Rat zu erteilen hat. Aber auch das dem Dienstvertrag eigentümliche Zeitmoment ist hier gegeben: Für eine zum voraus festgelegte oder vorläufig noch unbestimmte Zeit steht der Ratgeber zur Verfügung seines Dienstherrn. Diese Zeit braucht nicht zum voraus bestimmt zu sein; es genügt, wenn sie bestimmbar ist [10]).

Es steht daher nichts im Wege, dieses Arbeitsverhältnis als Dienstvertrag zu betrachten, insbesondere, da auch die Leistung von freien Diensten Gegenstand des Dienstvertrages sein kann (Art. 361 OR).

Immerhin ist zu beachten, dass diese Fälle der Ratserteilung die Ausnahme bilden und regelmässig leicht zu erkennen sind. Meist wird dabei auch das Honorar nach der Zeit bemessen sein. In der Regel ist in der auf vertraglicher Grundlage beruhenden Rat- und Auskunfterteilung kein Dienstvertrag zu erblicken, so insbesondere nicht bei bloss gelegentlicher Ratserteilung, da hier sowohl das Zeit- wie das Unterordnungsmerkmal fehlt.

Nun der Werkvertrag.

OR Art. 363 bezeichnet ihn als den Vertrag, durch den sich «der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung» verpflichtet. Unter der Herrschaft des alten Obligationenrechts vom 14. Juni 1881 wurde durch eine konstante Praxis der schweizerischen Gerichte als Gegenstand des Werkvertrages nur ein Arbeitsresultat betrachtet, das ein körperliches Werk darstellte [11]). Wollte man daher den Auskunftsvertrag als Werkvertrag betrachten, so war man wohl oder übel genötigt, den Rat und die Auskunft als körperliches Werk, als materielles Arbeitsresultat zu erklären [12]). Diese Ansicht ist offensichtlich unrichtig. Will man schon einmal

---

[10]) Vergl. Oser-Schönenberger, N. 4 zu Art. 319 OR.

[11]) Vergl. Hafner, N. 2 zu Art. 350 OR; Rieser, S. 46; Trachsel, S. 49.

[12]) So gezwungenermassen Rieser S. 46/47, der behauptet, dass die kaufmännische Auskunft ein materielles Werk sei, weil ein in einem Schriftstück verkörpertes Arbeitsresultat vorliege. Als solches gelange die Auskunft auch zur Abnahme durch den Besteller und abnahmefähig seien doch wohl nur körperliche Dinge. Dabei gibt er aber doch selber zu, dass die mündliche, z. B. telephonische Auskunft, allerdings ein immaterielles Werk sei, jedoch ohne nähere Angabe, unter welche Vertragsart sie infolgedessen einzureihen sei! Vergl. Rieser, S. 47 Anm. 1.

im Auskunftsvertrag einen Werkvertrag erblicken, so muss zum mindesten zugegeben werden, dass Gegenstand des Werkvertrages auch ein geistiges, unkörperliches, immaterielles Werk sein könne; denn nicht auf ein mehr oder weniger schönes, sauberes, übersichtliches Schriftstück kommt es dem Ratsuchenden an, sondern einzig und allein auf dessen geistigen Inhalt, auf den der Sachlage entsprechenden, bestmöglichen Rat und die sachlich richtige Auskunft. Auf welche Art und Weise ihm dieses geistige Produkt «abgeliefert», ihm zur Kenntnis gebracht oder mitgeteilt wird, ist ihm in der Regel gleichgültig. Auf alle Fälle kann Gegenstand eines abgeschlossenen Auskunftsvertrages niemals eine körperliche Sache sein, sondern stets nur das Resultat einer Denkarbeit. Dieses Resultat muss auf irgend eine im Verkehr verständliche Weise dem Besteller übermittelt werden. Auf welche Weise dies geschieht, ist grundsätzlich unwesentlich, da der Besteller nicht den Vertrag geschlossen hat, um sich eine besondere Art der Mitteilung dieses geistigen Produktes auszubedingen, sondern um dieses Resultat überhaupt zu erhalten.

Will man daher als Gegenstand des Werkvertrages nur ein körperliches Arbeitsprodukt anerkennen, so kann der Auskunftsvertrag niemals ein Werkvertrag sein.

In neuerer Zeit wird nun aber erklärt, dass Gegenstand des Werkvertrages sein könne, «ein körperliches oder unkörperliches Werk im Sinne eines bestimmten Rechtsgutes», somit «ein Arbeitsresultat, das sich in einer körperlichen oder unkörperlichen Sache darstellt» [13]). Für die Herbeiführung oder Bewirkung dieses Arbeitseffektes hat der Unternehmer einzustehen, wogegen der Besteller sich verpflichtet, ihm dafür eine Vergütung zu entrichten. Dieses Entgelt ist daher nur geschuldet, wenn der Unternehmer den zugesagten Arbeitseffekt tatsächlich bewirkt. Da jede menschliche Arbeit zu irgend einem Resultat führt, so wird auch bei Eingehung eines Dienstvertrages irgend ein Erfolg angestrebt; der Dienstpflichtige wird jedoch dafür bezahlt, dass er sich Mühe geben soll, ein gutes Arbeitsresultat zu erreichen, der Unternehmer beim Werkvertrag dafür, dass er den vereinbarten und von ihm zugesagten Arbeitserfolg tatsächlich erreicht. Beim Dienstvertrag ist somit die Tätigkeit des Dienstpflichtigen, die möglicherweise zu dem erhofften Erfolg führen kann, in obligatione, beim Werkvertrag hinge-

---

[13]) Vergl. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft v. 5. März 1905) vom 1. Juni 1909; S. 28.

gen dieser Erfolg selber, da es dem Besteller einzig darauf ankommt, dass der vereinbarte und gewünschte Erfolg tatsächlich bewirkt wird.

Es stellt sich daher die in der Literatur zur Streitfrage gewordene Frage, welcher Erfolg beim Auskunftsvertrag vereinbart und ferner, ob dieser Erfolg geeignet sei, den Gegenstand eines Werkvertrages zu bilden, da der Werkvertrag nur ganz besonders geartete Arbeitsresultate zum Gegenstand haben kann.

Wer sich beraten oder sich eine Auskunft erteilen lässt und dies auf vertraglicher Grundlage tut, der erhofft objektiv richtigen Rat oder wahrheitsgemässe, den wirklichen Tatsachen entsprechende Auskunft; denn sein Ziel ist, sich in der gegebenen Sachlage richtig zu verhalten. Dies Ziel erreicht er am ehesten oder einzig, wenn seine Grundlagen, auf welche er seine Entschlüsse stützt — Rat, Auskunft, Empfehlung usw. — absolut, objektiv richtig sind. Damit wäre dem Ratsuchenden am besten gedient; diese Grundlagen möchte er vom Auskunftgeber geliefert erhalten. Das von den Parteien erstrebte Ziel ist daher nicht, wie einige meinen [14]), eine Auskunft, die das enthält, was für einen gewissenhaften Auskunftgeber mittels der ihm zu Gebote stehenden Erkundigungsmittel zu erforschen im Bereiche der Möglichkeit liegt. Welche Erkundigungsquellen dem Auskunftgeber im einzelnen Falle zu Gebote stehen, wird dem Auskunftsuchenden regelmässig nicht bekannt sein, so dass er diesen Faktor bei der Umschreibung und Vereinbarung des Vertragsgegenstandes nicht in Berücksichtigung ziehen könnte. Für jeden gewissenhaften Rat- und Auskunftgeber kann es vielmehr kein anderes und höheres Ziel geben, als den objektiv, absolut richtigen Rat oder eine ebensolche Auskunft. Ob der Ratgeber sein Ziel im einzelnen Fall erreichen wird, ist allerdings eine andere Frage, ändert aber an der Tatsache nichts, dass die Absicht der Parteien auf diesen Erfolg gerichtet, dieses Arbeitsresultat angestrebt wird.

Es wird nun niemand bestreiten wollen, dass die Erreichung dieses obersten und höchsten Zieles — objektiv richtiger Rat, den wirklichen Tatsachen entsprechende Auskunft — ausserordentlich schwierig, oft beinahe unmöglich sein kann. Gerade der Sachverständige, der im Stande ist, alle Fehlerquellen bei einer Ratserteilung zu überblicken, wird am wenigsten geneigt sein, seinen Rat immer als absolut richtig zu betrachten. Ob dieses der Fall war, wird sich meist erst im Laufe der weiteren Entwicklung der Sache zeigen. Im Bewusstsein der Unzuläng-

---

[14]) So z. B. Rieser, S. 41/42.

lichkeit seiner Erkenntnismittel, wird der Ratgeber daher in den allermeisten Fällen nicht dafür einstehen wollen, dass er den von beiden Parteien angestrebten Erfolg erreichen werde. Diesen Erfolg möchte auch der Ratgeber herbeiführen, jedoch will und kann er sich nicht verpflichten, ihn zu erreichen. Die Erreichung dieses Erfolges ist daher auch beim Auskunftsvertrag nicht vereinbarter Vertragsgegenstand, sondern Vertragsinhalt ist die Tätigkeit des Auskunfterteilenden, die möglicherweise und erhoffterweise zu diesem Erfolg führen kann. Wenn daher auch einerseits der Ratsuchende gewillt wäre, als Vertragsgegenstand die Erteilung von objektiv richtigem Rat und tatsachenentsprechender Auskunft zu vereinbaren, so hat doch andererseits der Auskunftgeber fast niemals die Absicht, für die Leistung dieses Vertragsgegenstandes sich zu verpflichten, für die Erreichung dieses Erfolges einzustehen. Bei der Beurteilung der Frage nach dem vereinbarten Vertragsinhalt ist aber stets der mutmassliche Wille beider Parteien in Berücksichtigung zu ziehen, nicht bloss die mutmassliche Absicht des Ratsuchenden.

Dazu kommt aber noch ein Weiteres: Es muss anerkannt werden, dass ein bloss geistiger Effekt, das Resultat einer Unterweisung, das sich in weiteren und tieferen Kenntnissen des Unterrichteten zeigt, als solches nicht Gegenstand des Werkvertrages sein kann [15]). Es gibt sogar namhafte Autoren, die als Gegenstand des Werkvertrages noch heute bloss materielle Erzeugnisse menschlicher Arbeit anerkennen [16]); andere hegen Zweifel, ob auch unkörperliche Sachen, wie wissenschaftliche, literarische, musikalische Arbeiten zu den Werken im Sinne des Art. 363 OR gezählt werden können [17]). In der Tat sind denn auch die Rechtssätze über den Werkvertrag zum grössten Teil und hauptsächlich auf materielle Werke zugeschnitten (Stoff, Ablieferung usw.).

Nun bildet aber die Rats- und Auskunfterteilung unter allen Umständen einen nur geistigen Effekt. Durch die Rats- und Auskunfterteilung soll die Ansicht des Ratsuchenden in bestimmter Weise gebildet, möglicherweise in eine bestimmte Richtung gelenkt werden. Der Ratsuchende muss daher die Meinungsäusserung des Ratgebers zur Kenntnis nehmen, er muss sie seiner Gedankenwelt einverleiben. Auf welche Weise dies geschieht, kann grundsätzlich gleichgültig sein;

---

[15]) Oser, N. 1a zu Art. 363 OR.
[16]) ZB. Rossel, Manuel du droit des obligations, 1920, S. 444.
[17]) Vergl. Fick, N. 61 zu Art. 363 OR.

denn Rat und Auskunft können dem Empfänger auf mehrere Arten sinnlich zur Wahrnehmung gebracht werden; wichtig ist einzig, dass er ihren Inhalt mit seinem Verstand erfasst. Der Erfolg der Tätigkeit des Ratgebers tritt daher stets im geistigen Leben, in der Gedankenwelt des Beratenen ein. Er bildet einen geistigen Effekt. Daran kann nichts ändern, dass zur Herbeiführung dieses Resultates die Auskunft dem Ratsuchenden durch das gesprochene oder geschriebene Wort notgedrungenermassen übermittelt werden muss; es kann daher an der Natur des abgeschlossenen Vertrages der Umstand nichts ändern, welche Form der Uebermittlung in casu gewählt worden ist. Es ist daher nicht verständlich, wenn einerseits zutreffend erklärt wird, dass ein bloss geistiger Effekt nicht Gegenstand eines Werkvertrages sein könne, andererseits aber dieser bloss geistige Effekt als Leistungsinhalt eines Werkvertrages anerkannt wird, «wenn er sich in einem Rechtsgut (einem Manuskript, Drucksache, Gemälde, einer Erfindung usw.) verdichtet» [18]). Dies mag bei einem Manuskript oder Druckwerk (nur um diese kann es sich bei der Auskunfterteilung handeln) der Fall sein, wenn es bloss wegen seiner äusseren Form bestellt wird, während sein geistiger Inhalt, die Gedanken, die es enthält, dem Besteller völlig gleichgültig sind. Vereinbarter Vertragsinhalt ist in diesem Falle nicht die Herbeiführung eines Effektes in der Gedankenwelt des Bestellers, sondern die Erstellung eines interessanten Dokumentes, das als solches einen Wert besitzen kann [19]). In diesen Fällen ist ein Werkvertrag vorhanden, denn es handelt sich nicht nur um die Bewirkung eines immateriellen Effektes, sondern um die Herstellung und Ablieferung eines körperlichen Gegenstandes. Ist aber umgekehrt der geistige Inhalt eines Dokumentes für die Parteien das Wesentliche, so kann der körperliche Gegenstand, in welchem sich dieser geistige Inhalt «verdichtet» hat, nur das unvermeidliche Mittel darstellen, um diesen Gedankeninhalt dem Empfänger zur Wahrnehmung zu bringen. Auf alle Fälle ist die Bewirkung eines geistigen Effektes Vertragsinhalt. Es kann somit kein Werkvertrag vorliegen.

Da sich der Auskunftsvertrag somit weder unter den Dienstvertrags- noch unter den Werkvertragsbegriff subsumieren lässt, kommt einzig noch e i n f a c h e r A u f t r a g in Frage. Die für diesen geltenden Grundsätze erscheinen denn auch für die praktische Ordnung des Auskunftsverhältnisses unmittelbar am geeignetsten.

---

[18]) O s e r, N. 1 a zu Art. 363 OR.
[19]) Vergl. F i c k, N. 62, 63, 69 u. 72 zu Art. 363 OR.

Nach schweizerischem Recht können Gegenstand des einfachen Auftrages Dienstleistungen irgendwelcher Art sein, sofern sie nur nicht, wie beim Dienstvertrag, nach der Zeit zu leisten sind oder die Herstellung oder Umgestaltung eines Werkes bezwecken [20]). Art. 394 OR bestimmt in dieser Hinsicht vielmehr ganz allgemein: «Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.

Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.»

Anders als das BGB, stellt somit das schweizerische Recht für die Abgrenzung des Mandatsbegriffes nicht auf die Unentgeltlichkeit ab (BGB § 662). Durch die Ausdrucksweise «Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss . . . besorgen», verlangt es aber auch nicht, dass Gegenstand des Auftrages nur die Besorgung von Rechtsgeschäften sein dürfe; vielmehr können auch bloss tatsächliche Handlungen und Dienstleistungen im Auftragsverhältnis vereinbart werden. Voraussetzung ist bloss, dass diese tatsächlichen Verrichtungen weder nach der Zeit, noch nach dem erreichten oder nicht erreichten Erfolg bemessen werden.

Ein Erfolg soll zwar auch hier erreicht werden: Der Beauftragte sagt ihn jedoch nicht zu, indem er sich bereit erklärt, für seine Herbeiführung einzustehen, sondern er verpflichtet sich bloss, den angestrebten Erfolg so gut als möglich zu erreichen. Es ist somit nicht die Leistung eines Arbeitsresultates, sondern die Arbeit, die zu diesem Resultat führen soll, in obligatione.

Die gesetzlichen Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394—406 OR) werden nun auch der besondern Natur des Auskunftsvertrages vollkommen gerecht:

Da der einfache Auftrag sowohl entgeltliches, wie unentgeltliches Rechtsgeschäft sein kann, umfasst er, anders als Dienst- und Werkvertrag, sowohl die entgeltliche wie die unentgeltliche Auskunfterteilung; die besondere Ausgestaltung des einfachen Auftrages im schweizerischen Recht trägt daher nicht nur der Möglichkeit unentgeltlicher Verpflichtung, sondern auch dem ausgesprochenen Vertrauenscharakter der entgeltlichen Dienstleistung besonders Rechnung [21]). Er ist da-

---

[20]) Vergl. Votum Huber, Prot. Exp.-Komm. 1909, 8/10; Trachsel, S. 146

[21]) Vergl. Rechsteiner, S. 22.

her auch im Stande, beide Arten der Rat- und Auskunfterteilung, die entgeltliche wie die unentgeltliche, zu umfassen und zu regeln [22]). Dieses theoretische Ergebnis ist aber auch vom praktischen Standpunkt aus begrüssenswert, da — wenn einmal überhaupt die vertragliche Bindung bejaht worden ist — der Auskunftsvertrag einheitlich unter die Normen des einfachen Auftrages gestellt werden kann, sofern nicht in casu wegen ganz besonderen, verhältnismässig leicht erkennbaren Umständen, ein Dienstvertrag angenommen werden muss [23]).

In der schweizerischen Literatur, soweit sie auf diese Frage eingetreten ist, unterstellt die überwiegende Ansicht den Auskunftsvertrag ebenfalls den Vorschriften, die für den einfachen Auftrag gelten [24]). Dasselbe gilt für die schweizerische Gerichtspraxis, die sich allerdings — soweit bekannt — nie eingehend mit der juristischen Natur dieses Vertrages befasst hat. Aus einer Reihe von Entscheiden muss aber geschlossen werden, dass auch die Gerichte den Auskunftsvertrag durchwegs nach den Grundsätzen über den einfachen Auftrag beurteilen [25]).

---

[22]) Dabei ist natürlich immer die unentgeltliche aber trotzdem vertragliche Auskunfterteilung gemeint.

[23]) S. oben S. 66 ff.

[24]) Vergl. Blumenstein, S. 468 und Knus, S. 30 ff; beide Abhandlungen datieren allerdings aus einer Zeit, wo unter der Herrschaft des alten OR die Gerichtspraxis der Annahme eines Werkvertrages entgegengestanden wäre, indem diese als Gegenstand des Werkvertrages nur körperliche Werke zugelassen hatte. Vergl. die Ausführungen im Text oben S. 67 ff. Für die Annahme eines Werkvertrages spricht, wie im Text erwähnt, Rieser, S. 45 ff; dagegen erklärt wieder Trachsel, S. 50, dass die kaufmännische Auskunftserteilung nicht Gegenstand eines Werkvertrages sei.

[25]) Vergl. Bl. H E XIV 271; Bl. Zü. R. V. S. 300. BGE 50 II 48; ZBJV 67.337; JZ. 9.387.

VIERTES KAPITEL.

Voraussetzungen und Umfang der Haftung.

1. Bei vertraglich erteilter Auskunft.

Im vorhergehenden Kapitel ist ausgeführt worden, dass sowohl bei entgeltlicher als auch bei unentgeltlicher, aber auf vertraglicher Grundlage beruhender Raterteilung, der Ratgeber als Beauftragter (Mandatar) zu betrachten sei, der sich seinem Auftraggeber (Mandanten) gegenüber vertraglich verpflichtet hat, die ihm übertragene Dienstleistung (die Auskunftserteilung) vertragsgemäss zu erbringen: Art. 394 OR.

Für die Haftung des Auskunftgebers ist daher in erster Linie wesentlich, dass in der Auskunftserteilung die Erfüllung einer Obligation liegt; es kommen somit hier die allgemein über die Erfüllung von Obligationen geltenden, sowie die die Folgen der Nichterfüllung regelnden Vorschriften zur Anwendung.

Art. 97 OR bestimmt nun grundsätzlich, dass der Schuldner, der die Erfüllung seiner Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirken kann, für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten habe, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Die Nichtleistung des Exculpationsbeweises durch den Ratgeber ist daher stets Voraussetzung seiner Schadenersatzpflicht [1]; keinenfalls genügt zu seiner Haftbarmachung die bloss objektiv ungehörige Erfüllung seiner Verpflichtung. Es genügt somit nicht die Feststellung,

[1] Vergl. Oser-Schönenberger, Anm. IV zu Art. 97 OR, N. 14—18.

dass die erteilte Auskunft dem wahren Sachverhalt nicht entspricht, objektiv unrichtig ist, sondern erforderlich ist weiter, dass der Auskunftgeber nicht im Stande ist, den Beweis seines Nichtverschuldens zu erbringen [2]). Bis zu diesem Moment wird sein Verschulden präsumiert.

Allgemein haftet nun der Schuldner auf Grund des eingegangenen Vertrages bei dessen nicht gehöriger Erfüllung für jedes Verschulden. Der Auskunftgeber haftet daher in jedem Falle bei absichtlich unrichtig erteilter Auskunft. Unter Absicht ist zu verstehen die Vorstellung und das Wollen eines vertragswidrigen Erfolges, und es gelten für die Voraussetzungen und die Umschreibung dieses Begriffs die allgemeinen Lehren, deren nähere Ausführung nicht in den Rahmen dieser Arbeit fällt. Bemerkt sei nur noch, dass das Reichsgericht dolose Auskunftserteilung bereits bejaht hat, wenn der Ratgeber von der Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Mitteilungen nicht positiv überzeugt ist, ohne dass er dies den Auskunftempfänger erkennen lässt [3]).

Wann hingegen Fahrlässigkeit vorliegt, hängt so sehr von den Umständen des einzelnen Falles ab, dass sich allgemeine Regeln, speziell für die Ratserteilung, darüber nur in beschränkter Zahl aufstellen lassen, ebenso wenig wie für die Unterscheidung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit. Da aber der Auskunftgeber im vertraglichen wie im ausservertraglichen Verhältnis für jeden Grad des Verschuldens haftet, erübrigt sich vielfach eine scharfe Abgrenzung der beiden Arten von Fahrlässigkeit, wie auch die endgültige Entscheidung der Frage, ob im praktischen Falle Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliege.

Eine für den Auskunftsvertrag äusserst wichtige Bestimmung enthält nun Art. 99 Abs. 2 OR. Danach ist das Mass der Haftung nicht bei jedem Vertragsverhältnis dasselbe, sondern es richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes.

In dieser Hinsicht bestimmt Art. 398 Abs. 2 OR ausdrücklich, dass der Beauftragte seinem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes hafte. Der Ratgeber haftet somit nicht bloss, wie z. B. der Gesellschafter [4]), für die diligentia, quam

---

[2]) Vergl. Bl. Zü. R, 12 S. 359.
[3]) Vergl. Seuff. A. Bd. 46 N. F. 16. Bd. N. 258; RG i. Z. Bd. 23, S. 137.
[4]) Art. 538 OR.

in suis rebus adhibere solet (culpa in concreto), sondern das Mass seiner Haftung wird nach andern Gesichtspunkten bestimmt.

Absatz 1 des genannten Art. 398 OR weist darauf hin, dass der Beauftragte im allgemeinen wie der Dienstpflichtige im Dienstvertrag haften solle; Art. 328 OR findet daher auch auf die Rat- und Auskunfterteilung Anwendung, obschon in der vertraglich übernommenen Auskunfterteilung kein Dienstvertrag erblickt werden kann [5]). Der Auskunftgeber hat aber, wie der Dienstpflichtige, die Auskunft mit Sorgfalt zu erteilen, wobei sich das Mass dieser Sorgfalt nach der Natur des Vertragsverhältnisses richtet, und wobei der Bildungsgrad oder die Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, eine Rolle spielen, ebenso wie die Fähigkeiten und Eigenschaften des Ratgebers, die der Ratsuchende gekannt hat oder hätte kennen sollen [6]). Das Mass der bei der Auskunftserteilung anzuwendenden Sorgfalt richtet sich daher einerseits nach den Besonderheiten und Eigentümlichkeiten der einzelnen Auskunftserteilung, andererseits nach den individuellen Eigenschaften des Ratgebers, die der Ratsuchende gekannt hat oder hätte kennen müssen. Allerdings ist die Aufzählung der besonders zu beachtenden Umstände in Art. 328 Abs. 3 OR keine erschöpfende. Da es sich bei der vertraglichen Auskunftserteilung um die Erfüllung einer Vertragspflicht handelt, kommen, wie bereits erwähnt, die allgemeinen Bestimmungen über die Erfüllung von Obligationen, sowie die Grundsätze über die Folgen der Nichterfüllung zur Anwendung. Es ist dabei insbesondere Art. 99 Abs. 2 OR zu beachten. Ausser dem Mass der Sorgfalt, wie es in Art. 328 Abs. 3 OR umschrieben wird, können demgemäss noch andere besondere Verhältnisse auf das Mass der Haftung von Einfluss sein, insbesondere die Höhe des Entgeltes, wovon später noch die Rede sein wird [7]).

Wie die Praxis mehrmals entschieden hat [8]), darf und muss vom gewerbsmässigen Auskunftgeber zufolgedessen ein hoher Grad von Sorgfalt und grosse Gewissenhaftigkeit bei der Erteilung von Rat und Auskunft verlangt werden. Diese Praxis entspricht durchaus den gesetzlichen Bestimmungen, die für das Mass der geforderten Sorgfalt auf den Grad der Vorbildung und die Fachkenntnisse, welche die zu leistende Arbeit erfordert, abstellen. Die Voraussetzungen für das

---

[5]) S. oben S. 66.
[6]) Vergl. Art. 328 Abs. 3 OR.
[7]) S. unten S. 78.
[8]) BIHE XIV, 272; Bl. ZüR. 28, 108 ff, BGE 38 II 600.

höchste Mass von Sorgfalt liegen deshalb in erster Linie beim gewerbsmässigen Auskunftgeber vor. Es ist daher schlechterdings unverständlich, wie die gewerbsmässig betriebenen Auskunfteien (Informationsbureaux) in verschiedenen Prozessen eine besondere Rechtsstellung verlangen konnten, im Sinne einer erheblichen Milderung ihrer Haftung [9]). Eine derartige Milderung wäre auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen, wie sie oben dargelegt wurden, nicht denkbar und nicht billig. Hingegen gilt für den gewerbsmässigen Auskunftgeber dasselbe wie für jeden andern Auskunftgeber, dass mit der Feststellung der objektiven Unrichtigkeit der erteilten Auskunft seine Haftbarkeit noch nicht gegeben ist, sondern erst im Moment, wo sein Exculpationsbeweis als misslungen erscheint.

Gerade umgekehrt liegt der Fall, wenn sich jemand z. B. durch einen Studenten der Medizin oder der Rechte auf vertraglicher Grundlage Rat erteilen lässt, obschon er weiss oder wissen musste, dass der betreffende Ratgeber sein Studium noch nicht abgeschlossen hatte; zwar hat auch in diesem Falle der Ratgeber mit Sorgfalt zu arbeiten. Bei der Beurteilung seiner Arbeitsleistung ist jedoch im Sinne des Art. 328 Abs. 3 OR ein weniger strenger Massstab anzulegen, als etwa bei einem praktizierenden Arzt oder Anwalt. Es ist daher möglich, dass bei sachlich genau gleicher Rat- und Auskunfterteilung in dem einen Fall (beim Studenten) der Exculpationsbeweis als gelungen betrachtet werden muss, in dem andern Fall, in dem der Ratsuchende berechtigt war, grössere Anforderungen an seinen Ratgeber zu stellen, hingegen nicht. Es ist daher möglich, dass derselbe Fehler dem einen Ratgeber zu seinem Verschulden angerechnet werden muss, dem andern aber nicht. Dieses Resultat erscheint nicht unbillig, da es eben Sache des Ratsuchenden ist, den der Wichtigkeit seiner Angelegenheit entsprechenden Rat- und Auskunftgeber anzugehen.

Etwas anderes ist es, wenn der Empfänger eines schlechten Rates oder unrichtiger Auskunft die Nichteignung seines Ratgebers weder kannte noch kennen musste; in diesem Falle muss das Verschulden des Ratgebers nach den Anforderungen beurteilt werden, die der Ratsuchende an seinen Ratgeber entsprechend dessen Gebahren zu stellen berechtigt war.

Die Rat- und Auskunfterteilung kann unter so vielen auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen in Betracht fallenden Umständen erfolgen,

---

[9]) Insbesondere allerdings in der Haftung gegenüber dem Informaten, dem Dritten, über den die Auskunft erteilt wurde. Vergl. Leemann, J. Z. V. S. 69 ff.

dass eine Aufzählung kaum möglich wäre. Es muss daher in jedem einzelnen Fall Sache des Richters sein, diese Umstände zu würdigen und auf Grund dessen ein etwaiges Verschulden des Ratgebers nach seinem Ermessen zu beurteilen.

Die Erteilung von Rat und Auskunft ist regelmässig eine Vertrauensangelegenheit, wobei der Ratgeber in hohem Masse in die persönlichen Verhältnisse des Ratsuchenden Einblick erhalten kann. Rechtfertigt sich daher gegenüber dem Ratgeber eine möglichst strenge Haftbarkeit sehr wohl, so darf doch andererseits Art. 99 Abs. 2 OR nicht völlig ausser acht gelassen werden. Das Mass der Haftung wird danach insbesondere milder beurteilt, wenn die Ratserteilung für den Ratgeber keinerlei Vorteile bezweckte. Dies trifft nun ganz besonders zu bei der zwar vertraglichen, aber unentgeltlichen Raterteilung, wobei der Ratgeber zwar nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen und den besonderen Bestimmungen über den einfachen Auftrag für getreue und sorgfältige Ratserteilung haftet, er ein Entgelt im juristischen Sinne jedoch nicht erhält. Ganz unerheblich können allerdings hier die Vorteile in bloss wirtschaftlichem Sinne nicht sein, indem das Gesetz ausdrücklich von «keinerlei Vorteilen» spricht. Diese wirtschaftlichen Vorteile werden zwar durch das Geschäft nicht direkt bezweckt, sie können aber trotzdem mittelbar vorhanden sein, so dass sich ihre Berücksichtigung wohl empfiehlt. Dies ist ohne weiteres möglich, da die «mildere» Beurteilung des Haftungsmasses von vorneherein eine Ermessenssache ist.

Liegt daher bei einer Auskunfterteilung ein u n e n t g e l t l i c h e s Auftragsverhältnis vor, so tritt in Bezug auf den Umfang der Haftung ein weniger strenger Masstab in Kraft, wobei es wieder dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben muss, zu entscheiden, inwieweit sich eine Haftungsmilderung rechtfertigt. Obschon auch diese Ermessensfrage nur auf Grund des einzelnen konkreten Tatbestandes sachgemäss beantwortet werden kann, dürfte sich als allgemeine Richtlinie doch empfehlen, keine allzu starke Milderung eintreten zu lassen, da für den Ratsuchenden im allgemeinen die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit nur eine nebensächliche Rolle spielen wird. Ihm wird in erster Linie daran gelegen sein, einen mit aller erdenklichen Sorgfalt erteilten Rat zu erhalten, so dass er eher bereit wäre, ein Entgelt zu leisten, als einen unsorgfältig erteilten Rat zu erhalten.

Da das Mass der Haftung sich nach der besonderen Natur des Geschäftes richtet, spielt nicht bloss der Wegfall eines jeden Vorteils eine Rolle, sondern auch das Verhältnis der Leistung zur Gegenleistung. Das

Entgelt für die Erteilung von Rat und Auskunft wird in der Regel sehr gering sein im Verhältnis zum Vorteil, den ein guter Rat dem Ratsuchenden zu bringen vermag. Insbesondere sind die Ansätze für die gewerbsmässig erteilten Handelsauskünfte der Informationsbureaux verhältnismässig niedrig. Das für eine Auskunft verlangte, nur geringe Entgelt, kann nun im praktischen Fall einen besonderen Umstand im Sinne des Art. 99 Abs. 2 OR für die mildere Beurteilung des Haftungsmasses bilden, besonders auch deshalb, weil der Auskunftsuchende nach Wunsch und gegen eine entsprechend höhere Gebühr eine eingehendere, sog. Spezialauskunft, erhalten könnte.

Diese Ueberlegung findet sich ausdrücklich auch in einem Entscheid des schweizerisches Bundesgerichtes [10]). Doch ist dabei stets auf die Verhältnisse des einzelnen Falles abzustellen und die Berücksichtigung dieses besonderen Umstandes jedenfalls dem richterlichen Ermessen zu überlassen. Allgemeine Grundsätze, speziell für die Auskunftserteilung, lassen sich weiter schwerlich aufstellen.

In allen Fällen einer Schadenersatzklage wegen nicht gehöriger Vertragserfüllung ist schliesslich der Kausalzusammenhang festzustellen [11]). Dies ist besonders bei der Auskunfterteilung ausserordentlich wichtig, indem niemals ein Schaden durch die Auskunfterteilung direkt eintritt, sondern immer erst dadurch, dass der Auskunftnehmer auf Grund der erhaltenen Auskunft und im Sinne dieser Auskunft gehandelt hat. Nun ist es aber denkbar, dass er lange vor Erhalt des Rates bereits entschlossen war, in der schadenbringenden Art und Weise zu handeln, ja, dass er bei Erhalt des Rates schon so weit gebunden war, dass eine andere Handlungsweise kaum mehr möglich gewesen wäre. In solchen Fällen kann die Auskunfterteilung nicht als für den eingetretenen Schaden kausal betrachtet und eine Schadenersatzpflicht auf diese ungehörig erteilte Auskunft nicht aufgebaut werden.

Allerdings ist es nicht notwendig, dass die erteilte Auskunft a l l e i n i g e Ursache für die schadenbringende Handlung des Ratempfängers gewesen ist. Es genügt zur Begründung der Schadenersatzpflicht, wenn sie mitursächlich, eine von mehreren Ursachen für den eingetretenen Schaden war. Auf diesem Boden steht auch die Praxis [12]).

Wann im übrigen der Kausalzusammenhang zwischen unrichtig erteilter Auskunft und dem eingetretenen Schaden als gegeben betrachtet

---

[10]) BGE 38 II 607. Vergl. ferner O s e r, N. 2 C zu Art. 328.

[11]) Vergl. BGE 38 II 605.

[12]) BGE 38 II 606; allgemein ausgesprochen in BGE 35 II 324.

werden darf, ist eine Frage des einzelnen Falles; es gelten darüber die allgemeinen Grundsätze über die Kausalität, die des nähern zu erörtern hier keine Veranlassung besteht.

2. Bei ausservertraglich erteilter Auskunft.

Liegt zwischen dem Auskunftgeber und dem Auskunftnehmer ein Auskunftsvertrag nicht vor, so kann eine Haftbarkeit des Auskunftgebers für unrichtig erteilte Auskunft nur gegeben sein, sofern durch die Rat- oder Auskunfterteilung die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllt werden. Wie bei jeder anderen unerlaubten Handlung ist auch hier im einzelnen zu prüfen, ob alle erforderlichen Voraussetzungen tatsächlich vorhanden sind (insbesondere Schaden, Widerrechtlichkeit, Verschulden und Kausalzusammenhang), wobei die Umgrenzung der einzelnen Begriffe auf Grund der allgemeinen Theorie zu erfolgen hat. Diese allgemeinen Voraussetzungen im einzelnen darzulegen, gehört nicht zu den Aufgaben dieser Arbeit.

Hier sei nur folgendes bemerkt:

Die Widerrechtlichkeit einer Schadenszufügung durch Erteilung unrichtiger Auskunft und Empfehlung kann fraglich sein, indem in der Tat nirgends ein ausdrücklicher Rechtssatz besteht, der den aus blosser Gefälligkeit Auskunft Gebenden zur Wahrheit verpflichtet. Es scheint daher, dass aus diesem Grunde eine objektiv unrichtige Auskunft, sofern sie aus blosser Gefälligkeit erteilt wurde, keine widerrechtliche Handlung darstellen könnte.

Das schweizerische Bundesgericht steht jedoch auf einem andern Standpunkt. Bereits in seinem Entscheide vom 7. Dezember 1895 i. S. Laurer c. Aeppli hat es die Widerrechtlichkeit einer Vermögensschädigung, wenn sie die Folge einer schuldhaft falschen Empfehlung oder Auskunft ist, bejaht, jedoch ohne nähere Angabe des Rechtssatzes, gegen den der Schädiger dabei verstossen haben sollte. Es wird einzig ausgeführt [1]), dass freilich im Falle der Schädigung durch unrichtige Auskunfterteilung diese Schädigung erst durch einen Willensentschluss des Geschädigten d. h. des Empfängers der Empfehlung selbst, ermöglicht worden sei, indem sich dieser durch die Empfehlung zu einer scha-

[1]) BIHE XV S. 74.

denbringenden Handlung z. B. einer Kreditgewährung, habe bestimmen lassen. Allein dies schliesse, sofern nur eben die Empfehlung für den Entschluss des Empfängers kausal gewesen sei, das Vorhandensein einer widerrechtlichen Schädigung nicht aus; denn das schweizerische Obligationenrecht gehe bewusst in den Anforderungen, welche es hinsichtlich der Rücksichtnahme auf fremdes Recht an den einzelnen stelle, weiter als das römische Recht. Während letzteres im Prinzip ausserhalb von Vertragsverhältnissen nur bei Sachbeschädigung eine Haftung für blosse Fahrlässigkeit statuierte, setzte das schweizerische Obligationenrecht eine solche für alle Fälle der widerrechtlichen Schädigung fest. Das Gesetz stelle somit an jedermann die Anforderung, auch abgesehen von besonders übernommenen Vertragspflichten, das den Umständen angemessene Mass von Sorgfalt und Aufmerksamkeit aufzuwenden, damit durch sein Tun nicht nur fremde Sachen, sondern überhaupt fremdes Vermögen oder fremde Persönlichkeitsrechte nicht verletzt würden. Der Rechtsordnung handle auch der zuwider, welcher durch schuldhaft falsche Empfehlung, sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig, jemanden bewege, einem Kreditunwürdigen Kredit zu gewähren.

Das Bundesgericht erklärt somit kurzerhand und ohne weitere Begründung, dass eine schuldhaft falsche Empfehlung der Rechtsordnung zuwiderlaufe, somit rechtswidrig sei.

Diese Ansicht hat es in einem neuesten Entscheide [2]) aufrecht erhalten und näher begründet, indem es ausführt, dass eine Wahrheitspflicht bei einer aus blosser Gefälligkeit erteilten Auskunft für den Auskunftgeber allerdings nirgends gesetzlich festgelegt sei. «Allein — so wird fortgefahren — es muss im Interesse eines geordneten Rechtslebens als ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung erachtet werden, dass derjenige, der über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick geniesst [3]) (wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlassen will), wahrheitsgetreue Auskunft zu geben hat, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Fragesteller voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat, bezw. haben kann. Er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen behaupten, oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit, bezw. Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss.»

---

[2]) BGE 57 II 86.

[3]) Es handelt sich in casu um die an den Verwaltungsratspräsidenten einer A. G. von Seiten eines Aktionärs ergangene schriftliche Anfrage, ob die über die betr. A. G. zirkulierenden, ungünstigen Gerüchte der Wahrheit entsprächen.

Die Rechtswidrigkeit der unrichtig erteilten Auskunft ergibt sich somit nach der bundesgerichtlichen Anschauung aus der Verletzung eines Gebotes der allgemeinen Rechtsordnung. Damit steht in Uebereinstimmung, dass im Gegensatz zur römisch-rechtlichen lex Aquilia und ihren Erweiterungen auch eine blosse Vermögensschädigung eine unerlaubte Handlung im Sinne des schweizerischen Obligationenrechts darstellt und zu Schadenersatz verpflichtet. Inwieweit die grundsätzliche Annahme eines derartigen «Gebotes der allgemeinen Rechtsordnung» begründet ist, lässt sich weder einwandfrei nachweisen noch zweifelsfrei bestreiten. Es ist dies eine Frage des Rechts- und Billigkeitsgefühls, die je nach der persönlichen Einstellung und Ansicht verschieden beantwortet werden kann.

Was nun die Frage des Verschuldens anbelangt, so genügt, wie bei jedem anderen Fall der unerlaubten Handlung grundsätzlich bereits die leichte Fahrlässigkeit zur Begründung einer Schadenersatzpflicht [4]). Das Bundesgericht hat aber in zutreffender Weise den Begriff der Fahrlässigkeit anlässlich der ausservertraglichen Auskunfterteilung präzisiert und festgestellt, dass der Auskunftgeber einzig dann fahrlässig Auskunft erteilt habe, sofern ihm erkennbar war, dass die erteilte Auskunft für den Auskunftnehmer entscheidende, folgenschwere Bedeutung habe oder haben könne: «Von Fahrlässigkeit bei Erteilung einer Empfehlung kann — nach der konstanten bundesgerichtlichen Praxis [5]) — nur dann gesprochen werden, wenn es sich um geschäftlich erteilte Empfehlungen handelt, bei welchen der Empfehlende sich daher der Tragweite seiner Aeusserungen bewusst sein muss, wo er wissen muss, dass seine Aeusserungen wahrscheinlicherweise für die Entschliessungen des Empfängers der Empfehlung entscheidend sind und zu dessen Schädigung führen können, nicht aber bei gelegentlichen Aeusserungen in der Konversation, auf welche überhaupt ein verständiger Mann nicht als auf verlässliche Zusicherungen abzustellen pflegt» [6]).

Das Bundesgericht hat somit in richtiger Weise das Moment, dass für den Auskunftgeber die möglicherweise folgenschwere Bedeutung seiner Auskunfterteilung erkennbar gewesen ist, zur Präzisierung des Fahrlässigkeitsbegriffs im Falle der Auskunfterteilung verwendet, in Uebereinstimmung mit der allgemeinen Theorie über die Fahrlässigkeit,

---

[4]) Vergl. BGE 30 II 268 und 53 II 343. Es genügt danach jede Form und jeder Grad des Verschuldens.

[5]) S. unten S. 83/84.

[6]) Vergl. BIHE XV S. 74/75.

wonach ein nicht voraussehbarer Erfolg billigerweise dem Handelnden nicht zugerechnet werden darf [7]). In Abweichung von der reichsgerichtlichen Auffassung hat das Bundesgericht dieses Moment somit nicht dazu verwendet, die vertragliche von der ausservertraglichen Auskunftserteilung abzugrenzen, welches Vorgehen bereits oben [8]) als unrichtig und ungangbar abgelehnt worden ist.

Die soeben gemachten Ausführungen über das Verschulden anlässlich einer Auskunftserteilung gelten für jede Art der Erteilung von Rat und Auskunft und für jeden Ratgeber. Insbesondere muss auch die Raterteilung des Bankiers im ausservertraglichen Verhältnis durchaus nach den Grundsätzen des Art. 41 Abs. 1 OR beurteilt werden, d. h. auch der Bankier haftet, wie jeder andere, der ausservertraglich und aus Gefälligkeit Rat erteilt, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen für jedes Verschulden, sowohl für Vorsatz, wie für grobe und leichte Fahrlässigkeit. Für die gegenteilige Ansicht [9]), welche die Haftung des Bankiers im ausservertraglichen Verhältnis auf den Fall der absichtlich und in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise herbeigeführten Schädigung beschränken möchte, findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Im Gegenteil können in der schuldhaft unrichtigen, ausservertraglichen Auskunftserteilung ohne viel Schwierigkeit sämtliche Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung nachgewiesen werden. Kein Zweifel kann bestehen hinsichtlich des Verschuldens, des Schadens und des Kausalzusammenhanges. Einzig die Widerrechtlichkeit erscheint fraglich. Der Ausweg, den das Bundesgericht in diesem Punkt eingeschlagen hat [10]), indem es in der schuldhaft unrichtigen Rat- und Auskunfterteilung einen Verstoss gegen die allgemeine Rechtsordnung erblickte, lässt sich zwar logisch und konstruktiv nicht begründen, sondern ist eine Annahme, die sich einzig auf das Rechts- und Billigkeitsgefühl stützen kann. Es kann daher auch hier nur behauptet werden, dass es unbillig wäre, den ausservertraglich Rat Erteilenden, insbesondere den Bankier, bloss für absichtlich zugefügte Schädigungen haften zu lassen. Jedenfalls findet diese Ansicht in den gesetzlichen Vorschriften noch weniger eine Stütze als die Meinung, welche die Widerrechtlichkeit mit einem Gebot der allgemeinen Rechtsordnung begründet; diese letztere Ansicht erscheint vielmehr bei billi-

---

[7]) Vergl. Oser-Schönenberger, N. 67 zu Art. 41 OR; ferner BGE 41 II 84 ff.

[8]) S. oben S. 42/43.

[9]) Vergl. Zimmermann-Locher, J. Z. XXVI S. 277.

[10]) S. oben S. 81.

ger Abwägung der gegenseitigen Interessen die zutreffendere, besonders wenn berücksichtigt wird, dass das Bundesgericht ein derartiges Gebot der allgemeinen Rechtsordnung nicht schlechtweg bejaht hat, sondern nur unter bestimmten Bedingungen, so, wenn der Auskunftgeber in die fraglichen Verhältnisse kraft seiner Stellung besonderen Einblick hatte und ihm zudem die möglicherweise folgenschwere Bedeutung seiner Auskunfterteilung erkennbar gewesen ist [11]). Nach der bundesgerichtlichen Praxis jedenfalls kann kein Zweifel bestehen, dass der ausservertraglich Rat und Auskunft Erteilende gemäss Art. 41 Abs. 1 OR für jedes, auch für leichtes Verschulden haftet.

Die vom Bundesgericht in seinem grundlegenden Entscheid vom 7. Dezember 1895 niedergelegten, oben teilweise wiedergegebenen Grundsätze über das Verschulden bei der Rat- und Auskunftserteilung, insbesondere über die Fahrlässigkeit, sind bis in die neueste Zeit hinein mehrfach bestätigt worden [12]).

Wie bereits mehrfach erwähnt wurde, hat somit das schweizerische Obligationenrecht im Anschluss an das französische Recht [13]), den Boden der römisch-gemeinrechtlichen Theorie verlassen, indem es auf die Haftung des im ausservertraglichen Verhältnis Rat und Auskunft Erteilenden die allgemeinen Grundsätze über die unerlaubten Handlungen Anwendung finden lässt und diese eine Haftung für jede widerrechtliche, schuldhafte Vermögensbeschädigung statuieren.

Im übrigen gelten die bei der vertraglichen Schadenersatzpflicht gemachten Feststellungen [14]). Im Interesse des geschäftsfreundlichen Auskunftgebers (z. B. der Referenzfirma!) seien nur noch folgende Ausführungen aus einem bundesgerichtlichen Urteil wiedergegeben [15]): «Ferner muss auch bei zwar geschäftlich, aber ausserhalb eines Vertragsverhältnisses erteilten Empfehlung der Empfänger wissen, dass er darauf nicht rechnen kann, dass der Erteiler der Empfehlung besondere, sorgfältige Nachforschungen nach den Verhältnissen des Em-

---

[11]) S. oben S. 80 ff. Derselben Ansicht wie im Text, Schulthess, J. Z. XXVII S. 1, jedoch ohne nähere Begründung und Diskussion.

[12]) Vergl. den Entscheid vom 16. III. 1901 i. S. Kindler & Cie. c. Banque d'Escompte et de Dépôts, Jour. d. Trib. 1901, Bd. 49 S. 210 ff; BGE 57 II 81 ff.

[13]) Code civil Art. 1382, 1383.

[14]) Vergl. über die Voraussetzungen der ausservertraglichen Rat- und Auskunftserteilung, wie Schaden, Verschulden, Causalzusammenhang die grosse Gerichtspraxis, insbesondere die Fälle in BlHE XIV, 273, BlHE XV S. 74; BGE 39 II 716; 37 II 186; 41 II 86; J. Z. 28 S. 57; Jour. d. Trib. 1901, Bd. 49 S. 210 ff; 1902 Bd. 50 S. 408 usw.

[15]) BlHE XV S. 75.

pfohlenen angestellt habe, dass er vielmehr mehr nicht verlangen und erwarten kann, als dass die Empfehlung in guten Treuen und nicht leichtfertig erteilt werde, dass der Aussteller der Empfehlung ihm dasjenige, was er weiss, loyal, ohne Retizenz und Rückhalt mitteile und nicht leichtfertig und ohne alle Prüfung Dinge positiv versichere, von deren Wahrheit er nicht selbst überzeugt ist oder bei auch nur einigem Nachdenken nicht überzeugt sein kann. Es muss hiebei stets gefragt werden, ob darnach der Empfänger der Empfehlung die ihm erteilte Auskunft als verständiger Mann als verlässlich betrachten, darauf bauen durfte, und ob der Empfehlende in guten Treuen gehandelt und denjenigen Grad von Aufmerksamkeit und Sorgfalt aufgewendet habe, den man n a c h d e n U m s t ä n d e n von ihm auch ohne besondere vertragliche Diligenzverpflichtung erwarten und verlangen durfte.» usw.

Obschon dieser Entscheid aus der Zeit vor der Revision des schweizerischen Obligationenrechts stammt und im Gesetz vom Jahre 1881 nur vom M i t v e r s c h u l d e n des Geschädigten die Rede gewesen war (Art. 51 a OR), sind doch darin eine ganze Reihe von Umständen berücksichtigt worden, auf welche nun Art. 43 Abs. 1 OR ausdrücklich hinweist. Diese Vorschrift stellt nun fest, dass für die Höhe des Schadenersatzes eine ganze Reihe von Verhältnissen in Betracht gezogen werden müssten, über deren Bedeutung und Tragweite der Richter nach Recht und Billigkeit zu entscheiden hat.

Ein solcher, in Betracht zu ziehender Umstand ist in erster Linie ein vorhandenes M i t v e r s c h u l d e n des Auskunftnehmers, indem dieser möglicherweise bei wichtigen, geschäftlichen Operationen sich einzig und allein auf die einzelne Auskunft des Auskunftgebers gestützt hat und somit der Schaden teilweise seiner allzu grossen Vertrauensseligkeit zuzuschreiben ist. Inwieweit in einem solchen Verhalten des Ratempfängers ein Mitverschulden zu erblicken ist, kann nur auf Grund des Tatbestandes im einzelnen Fall entschieden werden. Jedenfalls hat die Praxis in der Tatsache, dass sich der Auskunftnehmer in wichtigen Angelegenheiten mit einer einzigen oder bloss mit einer sog. «Registerauskunft» [16]) begnügt hat, ein Mitverschulden auf seiner Seite erblickt [17]). Ebenso wäre ein weiterer zu berücksichtigender Umstand die Tatsache,

---

[16]) D. i. eine Auskunft, die das Informationsbureau auf Grund seiner ihm bereits zur Verfügung stehenden Unterlagen und Akten, ev. noch weiterer betriebsüblicher Erkundigungen, ohne weiteres zu liefern in der Lage ist, im Gegensatz zur sog. «Spezialauskunft».

[17]) So z. B. im Falle BGE 41 II 89; BGE 37 II 187; BGE 57 II 90; ZBJV. 54. 304. Unten S. 94 N. 9 am Ende.

dass die ausservertragliche Auskunft regelmässig ohne Entgelt im juristischen Sinne erteilt wird und endlich die Möglichkeit, dass der Auskunftgeber einen Schaden von derartigen Ausmassen, wie er vielleicht tatsächlich eingetreten ist, nicht vorauszusehen vermochte. Endlich können hier noch weitere Umstände in Betracht fallen, die von vorneherein alle aufzuzählen kaum gelingen dürfte und deren Berücksichtigung im einzelnen Fall der Praxis überlassen bleiben muss. Jedenfalls hat die Rechtsprechung in fast allen Fällen aus diesem Gesichtspunkte heraus, sowohl im vertraglichen, wie im ausservertraglichen Verhältnis, bei der Ausmessung des Schadenersatzes eine erhebliche Reduktion des zugesprochenen Ersatzes eintreten lassen [18]).

[18]) S. z. B. BlHE XV S. 76; BGE 41 II 88 bei ausservertraglicher und BGE 38 II 606 bei vertraglich erteilter Auskunft. S. ferner oben N. 17.

FÜNFTES KAPITEL.

Die Erweiterung und die Beschränkung der Haftung.

Bisher ist die Haftung des Auskunftgebers untersucht worden, wie sie sich mangels besonderer Parteiberedung auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen ergibt. Diese Haftung tritt somit stets in dem gesetzlichen Umfange ein, sofern sie nicht durch besondere Parteiabmachungen modifiziert wird. Eine Abänderung ist jedoch möglich und zwar durch Erweiterung oder Beschränkung des Masses, in welchem der Ratgeber für ein Verschulden einzustehen hat. Diese Erweiterung und Beschränkung ist auch hier wieder einerseits im vertraglichen, andererseits im ausservertraglichen Verhältnis in Betracht zu ziehen.

1. Die Erweiterung der gesetzlich gegebenen Haftung.

A. Bei vertraglich erteilter Auskunft.

Wie bereits ausgeführt worden ist [1]), hat der auf Grund vertraglicher Vereinbarung Auskunft Gebende für den infolge seiner Rat- und Auskunfterteilung entstandenen Schaden nicht schon und immer dann

[1]) S. oben S. 74/75.

zu haften, wenn seine erteilte Auskunft objektiv unrichtig war oder der Rat nicht der Sachlage entsprochen hat, sondern erst dann, wenn es ihm ausserdem nicht gelingt, den in Art. 97 OR vorgesehenen Exculpationsbeweis zu erbringen. Hat daher der Ratgeber, objektiv beurteilt, bei seiner Raterteilung alle nur erdenkliche Sorgfalt angewendet und jedes nur mögliche Hilfsmittel beigezogen, um sein erstrebtes Ziel, die Erteilung einer tatsachenentsprechenden Auskunft, zu erreichen, wird ihm somit der Beweis seines Nichtverschuldens für die trotzdem unrichtig erteilte Auskunft im Sinne des Art. 97 OR gelingen, so wird er für den möglicherweise infolge dieser objektiv unrichtigen Auskunft entstandenen Schaden nicht in Anspruch genommen werden können. Bei dem gewöhnlichen Auskunftsvertrag kann sich der Auskunftgeber durch den Beweis seines Nichtverschuldens somit von der ihm sonst auffallenden Schadenersatzpflicht befreien.

Ausnahmsweise nun — dieser Fall wird zwar selten eintreten — kann es vorkommen, dass sich der Auskunftgeber gegenüber dem Auskunftnehmer nicht bloss dafür verpflichtet, dass er unter Vermeidung eines jeden, auch des leichtesten Verschuldens Rat und Auskunft erteilen werde, sondern direkt dafür, dass er auch für die objektive Richtigkeit seiner Auskunft einstehen werde. Der Auskunftgeber gibt also eine Art «Garantie» für die Richtigkeit der erteilten Auskunft.

Um eine Bürgschaft im juristischen Sinne kann es sich offenbar nicht handeln, denn vorausgesetzt, dass die formellen Erfordernisse der Bürgschaft auch beachtet worden wären [2] — steht doch der Auskunftgeber in diesem Falle weder für eine gegenwärtige, noch künftige oder bedingte Hauptschuld des Auskunftnehmers gegenüber einem dritten Gläubiger ein [3], sondern einzig für einen eventuellen Schaden, der seinen Vertragsgegner treffen könnte. Der Auskunftgeber verpflichtet sich somit nicht gegenüber einem gegenwärtigen oder künftigen Gläubiger des Auskunftempfängers, sondern einzig gegenüber diesem. An dem Geschäft sind einzig zwei Personen beteiligt, der Auskunftnehmer und der Auskunftgeber, nicht drei, wie bei der Bürgschaft. Dieses Einstehenwollen des Ratgebers für einen eventuellen Schaden des Ratempfängers ist schon aus allen diesen Gründen — abgesehen von anderen, zum Mindesten sehr fraglichen Punkten — keine Bürgschaft im Rechtssinne. Das unmittelbar praktische Ergebnis dieser Fol-

[2] Schriftlichkeit des Bürgschaftsvertrages, Art. 493 OR und Angabe eines Höchstbetrages, bis zu dem der Bürge haften soll, Art. 493 OR.

[3] Vergl. BGE 37 II 185.

gerung ist, dass zur Eingehung dieser Verpflichtung auch nicht die Formvorschriften, wie sie für die Bürgschaft vorgeschrieben sind, beachtet werden müssen.

Aus einem ganz ähnlichen Grunde liegt aber auch kein Vertrag zu Lasten eines Dritten im Sinne des Art. 111 OR vor, welches Rechtsgeschäft auch als «Garantievertrag» bezeichnet wird. Der Auskunftgeber verspricht keinenfalls einem Anderen die Leistung eines Dritten, oder, falls diese Leistung nicht erfolgen sollte, den Ersatz des hieraus entstandenen Schadens. Er steht vielmehr immer nur gut für den Schaden, den sein Vertragspartner, der Ratempfänger, erleiden könnte und verpflichtet sich nur diesem gegenüber, niemals gegenüber einer weiteren dritten Person.

Diese beiden Vertragsarten können zudem bei der vertraglichen Auskunfterteilung immer nur so gedacht werden, dass sie neben den eigentlichen Auskunftsvertrag treten würden: es könnte sich nur um zwei verschiedene Verträge handeln, einesteils um einen gewöhnlichen Auskunftsvertrag mit den üblichen Haftungswirkungen und andernteils um einen parallel laufenden Bürgschafts- oder Garantievertrag, welche die gewöhnliche, gesetzliche Haftung erweitern würden.

Auf den ersten Blick erscheint es nun aber möglich, dieses Versprechen des Auskunftgebers einfacher zu konstruieren und einen Werkvertrag als gegeben anzunehmen, bei welchem der Auskunftgeber sich verpflichtet hat, dem Auskunftnehmer als Besteller eine objektiv richtige Auskunft abzuliefern. Das vom Auskunftgeber zu erstellende Werk wäre in diesem Falle ein absolut richtiger, den gegebenen Verhältnissen objektiv entsprechender Rat, eine solche Auskunft oder Empfehlung. Die Haftung des Auskunftgebers würde somit entsprechend den Haftungsbestimmungen, die für den Werkvertrag gelten, eintreten, sofern das gelieferte Werk (d. h. die erteilte Auskunft) die vereinbarten Qualitäten nicht aufweist und die übrigen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind. Allein diese Betrachtungsweise wird den vorhandenen, tatsächlichen Verhältnissen keinesfalls gerecht. Abgesehen von den bereits früher [4]) erhobenen Einwänden gegen die Konstruktion des Auskunftsvertrages als Werkvertrag, entspricht die Regelung der Haftungsverhältnisse, wie sie beim Werkvertrag normiert sind, in keiner Weise den vorhandenen Parteiabsichten. Dem Auskunftnehmer, dem auf Grund der mangelhaft gelieferten Auskunft ein Schaden erwachsen ist, stünde

---

[4]) S. oben S. 67 ff.

gemäss den Bestimmungen über den Werkvertrag neben der Klage auf Minderung des Werklohnes (Honorar) oder Verbesserung des Werkes, die hier überhaupt gänzlich ausser Betracht fallen, nur der gewöhnliche Schadenersatzanspruch wegen nicht gehöriger Vertragserfüllung zu, gemäss dem Grundprinzip des Art. 97 OR [5]). Voraussetzung eines jeden derartigen Schadenersatzanspruches ist aber der Nachweis eines Schadens, der vom Auskunftnehmer zu leisten wäre und insbesondere die Nichtleistung des Exculpationsbeweises durch den Auskunftgeber; denn weist der Werkunternehmer, hier also der Auskunftgeber, nach, dass ihn keinerlei Verschulden treffe, so entfällt seine Schadenersatzpflicht: Art. 97 OR [6]). Damit gelangt man aber wieder zu der ganz gewöhnlichen, bereits im Gesetz gegebenen Haftung des Auskunftgebers aus Auskunftsvertrag, d. h. Haftung des Auskunftsgebers für jedes Verschulden mit der Möglichkeit des Exculpationsbeweises, während die Parteien gerade beabsichtigt haben, die Haftung des Auskunftgebers über dieses gesetzliche Mass hinaus zu erweitern. Dies wird aber nicht erreicht, solange der Auskunftgeber durch den Nachweis seines Nichtverschuldens nach wie vor seine Schadenersatzpflicht mit Erfolg abzulehnen vermag.

Der Wille der Parteien geht vielmehr offenkundig darauf, dass der Ratgeber — volkstümlich gesprochen — für die Richtigkeit seines Rates «die Garantie zu übernehmen» habe und für den Schaden somit einstehen müsse, der aus der Befolgung des erteilten Rates entstehen könnte. Es kann keineswegs die Meinung sein, dass er nur, wie bei jeder vertraglichen Auskunfterteilung, für die volle vertragliche Sorgfalt bei der Ausführung der übernommenen Pflichten einzustehen habe, sondern weitergehend für die Ungefährlichkeit einer der Auskunft entsprechenden Handlungsweise des Auskunftnehmers.

Eine gewisse Aehnlichkeit hat dieses Versprechen, für die Richtigkeit eines Rates und für den aus dessen Unrichtigkeit möglicherweise entstehenden Schaden einstehen zu wollen, mit den Verpflichtungen des Versicherers gegenüber dem Versicherten. Allein es fehlt doch wieder das entscheidende Merkmal der Versicherung, nämlich die «Planmässigkeit des Versicherungsbetriebes» [7]). Im Gegensatz zur Versicherung als einer planmässigen Schadensverteilung unter einer Ge-

---

[5]) Vergl. Oser, N. 3c zu Art. 368 OR.
[6]) Vergl. Oser, Zif. 3c zu Art. 368 OR.
[7]) Ostertag, Kom. z. VVG S. 8/9.

fahrsgemeinschaft wird diese Art von Sicherung bei der Auskunfterteilung nur selten und vereinzelt erscheinen. Auch sonst wäre es zu weit gegangen, wenn man auf dieses einfache Versprechen die Grundsätze des Versicherungsrechts anwenden wollte.

Es erscheint vielmehr natürlich, dieses Einstehenwollen für die Richtigkeit des erteilten Rates als Nebenleistung zum Auskunftsvertrag zu behandeln: der Auskunftgeber verpflichtet sich durch den gewöhnlichen Auskunftsvertrag zur Erteilung von Rat und Auskunft und verpflichtet sich zu dem und überdies, nicht nur für volle subjektive Sorgfalt, sondern für objektive Richtigkeit des erteilten Rates einzustehen. Das vertragliche Band für diese Verpflichtung ist dasselbe, wie für die vertraglich übernommene Pflicht zur Auskunfterteilung. Dieser besonderen, ausnahmsweisen Verpflichtung des Ratgebers kann auf der Gegenseite die Pflicht zur Leistung einer besonderen Vergütung entsprechen, was aber nicht wesentlich erscheint; denn es ist ohne weiteres denkbar, dass eine bloss unbedingte, einseitige Verpflichtung, für die Richtigkeit des erteilten Rates einzustehen, statuiert würde. Eine solche Verpflichtung erscheint an und für sich weder unmöglich, noch widerrechtlich noch unsittlich, so dass sie unter der Herrschaft der anerkannten Vertragsfreiheit im schweizerischen Obligationenrecht ohne Bedenken vereinbart werden kann.

Eine derartige Vereinbarung, wodurch der Ratgeber eine über sein Verschulden hinausgehende Schadenshaftung übernimmt, mag man ebenfalls «Garantievertrag» oder «Garantieversprechen» nennen [8]), wie den Vertrag des Art. 111 OR; zwischen beiden bestehen aber wesentliche, oben z. T. angeführte Unterschiede, so dass Art. 111 OR nicht ohne weiteres in beiden Fällen anwendbar ist. Es handelt sich vielmehr um eine Verpflichtung eigener Art, die zur Folge hat, dass eine Schadenersatzpflicht des Ratgebers bereits eintritt, sobald die objektive Unrichtigkeit der erteilten Auskunft und ein daraus resultierender Schaden festgestellt ist, ohne dass im weiteren das Verschulden des Ratgebers untersucht werden müsste; denn die Haftung ist ja durch Parteivereinbarung über das Verschulden hinaus erweitert worden. Die Haftung folgt somit direkt aus der objektiven Unrichtigkeit des Rates und zwar, weil dies durch Parteiabrede in dieser Weise vereinbart wurde.

Selbstverständlich ist bei der Frage, ob der Ratgeber diese «Garantie» tatsächlich übernommen habe, ein strenger Masstab anzulegen.

---

[8]) Vergl. v. Tuhr, OR II, § 69, VI, 1 S. 516. Oser-Schönenberger, N. 13. i. f. zu Art. 99 OR. J. Z. XXVII S. 3.

In den häufigen Fällen des täglichen Lebens stellt nicht einmal die Auskunfterteilung als solche einen Vertragsschluss dar und verpflichtet daher den Ratgeber nicht einmal zur Aufwendung vertragsgemässer Sorgfalt. Es müssen vielmehr bereits bei der gewöhnlichen Auskunftserteilung ganz besondere Umstände vorliegen, damit auf einen Vertragswillen geschlossen werden darf. Noch vielmehr ist dies der Fall, wenn behauptet wird, der Auskunftgeber habe sich neben der Auskunftserteilung des weitern verpflichten wollen, für die objektive Richtigkeit der Auskunft unbedingt einzustehen. Bei unentgeltlicher Auskunftserteilung dürfte ein solches Versprechen fast nie vorkommen, und könnte nicht angenommen werden, sofern nicht eine ausdrückliche, ernst gemeinte und unmissverständliche Erklärung des Auskunftgebers vorliegt; dies schon in Anbetracht der grossen Tragweite, die ein solches Versprechen haben kann.

Allerdings scheint die Praxis in ihren Anforderungen an die Verbindlichkeit eines derartigen Versprechens doch allzuweit gegangen zu sein, was sofort wieder zu Unbilligkeiten führen muss [9]).

B. Bei ausservertraglich erteilter Auskunft.

Der Fall, dass sich ein Ratgeber verpflichtet, für die objektive Richtigkeit seines Rates und somit für den aus dessen Befolgung möglicherweise entstehenden Schaden einzustehen, wobei aber seine Rat-

---

[9]) Vergl. den bundesgerichtlichen Entscheid in Bd. 37 II S. 182 der amtl. Sammlung i. S. Luginbühl c. Mützenberg; Urteil vom 6. Mai 1911. Hier war Beklagter Eigentümer eines Hotels, welches er einem gewissen Z. verpachtet hatte. Nach einiger Zeit gingen in der betreffenden Ortschaft Gerüchte um, wonach sich der Pächter Z. in einer misslichen Vermögenslage befinde, was den Kläger veranlasste, seine Fleischlieferungen an das Hotel einzustellen. Auf Betreiben des Beklagten, als Eigentümer der Hotels, und des Z., wurde eine Versammlung einberufen, an welcher neben anderen Lieferanten auch der Kläger teilnahm und die den Zweck verfolgte, die Lieferanten zu beruhigen und jenes Gerücht über die ungünstige finanzielle Lage des Z. zu beseitigen. Bei dieser Besprechung äusserte sich der Beklagte, die Urheber des verhängnisvollen Gerüchtes über die schlechte finanzielle Lage des Z. könnten wegen Kreditschädigung belangt werden, es stehe mit Z. vielmehr gut und er werde immer bezahlen können. Insbesondere hat er sich, laut den Feststellungen der kant. Instanz noch weitergehend dahin geäussert: «So lange das Bahnhofhotel ihm gehöre (als Eigentümer), brauche niemand etwas daran zu verlieren; er s t e h e g u t d a f ü r; er werde wohl noch gut sein dafür, für den Fall, dass es fehlen sollte; er sei dann auch noch da». Mit diesen Erklärungen wandte er sich gemäss aktenmässiger Feststellung insbesondere an den Kläger; dieser fuhr dann auch zwei Tage nach dieser Besprechung mit seinen Fleischlieferungen zu.

erteilung trotzdem als ausservertragliche betrachtet werden müsste, dürfte ernsthafterweise überhaupt nicht vorkommen.

Es ergibt sich dabei nämlich folgender Widerspruch: Es mag vorerst angenommen werden, dass der ausservertraglich Rat und Auskunft Erteilende tatsächlich verspricht, für die Richtigkeit seines aus blosser Gefälligkeit erteilten Rates einzustehen und die möglichen Folgen seines schädlichen Rates zu tragen. Tut er dies aber in ernsthafter Weise mit der Absicht rechtlicher Verpflichtung, so ist undenkbar, dass die diese Verpflichtung bedingende Auskunft eine blosse, ausservertragliche Gefälligkeitsauskunft sein könnte. Denn wenn der Auskunftgeber, wie angenommen, die Haftung für die objektive Richtigkeit des Rates schlechtweg und unzweifelhaft übernommen hat, so haftet er damit auch im Falle der Unrichtigkeit seiner Auskunft, sofern er diese durch sein Verschulden unrichtig erteilt hat. Mit der Uebernahme der unbedingten Haftung für objektiv richtige Auskunftserteilung hat der Ratgeber das höchst mögliche Mass von Haftung übernommen. In dem Mehr der übernommenen Haftung ist natürlich auch das Weniger, d. h. die gewöhnliche, vertragliche Haftung inbegriffen. Uebernimmt daher der Ratgeber die am weitesten gehende Haftung, so hat er ohne weiteres auch die weniger weit gehende, vertragliche Haftung übernommen und seine Auskunfterteilung wird zu einer vertraglichen. Es wäre vernünftigerweise nicht denkbar, dass ein Auskunftgeber ausdrücklich oder konkludent erklärt, eine blosse ausservertragliche Gefälligkeitsauskunft erteilen und somit bloss für schuldhaft widerrechtliches Handeln haften zu wollen, während er umgekehrt und im gleichen

---

Ungefähr 6 Monate nach dieser Besprechung ersuchte Z. seine Gläubiger um Nachlassstundung und nachdem er erfolglos einen Nachlassvertrag angestrebt hatte, wurde er ca. 10 Monate nach der erwähnten Besprechung in Konkurs erklärt, in welchem der Kläger mit Fr. 8649.60 zu Verlust kam.

Das BGer hat die vom Kläger erhobene Schadenersatzklage endgültig abgewiesen, indem es sowohl das Vorliegen einer Bürgschaft, als auch eines Garantievertrages, als auch einer unerlaubten Handlung wegen unrichtiger Kreditinformation verneinte. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die oben wiedergegebenen Aeusserungen des Beklagten, auf welche abgestellt wurde, zu unbestimmt seien und unter den gegebenen Umständen vom Kläger nicht dahin hätten verstanden werden dürfen, dass er berechtigt sei, sich bei der Wahrung seiner Interessen gegenüber Z. ohne weiteres darauf zu verlassen, dass der Beklagte für ihre Richtigkeit haften wolle. Zum vorneherein sei so etwas nicht aus jener Stelle zu entnehmen, (die der Kläger zugleich als Garantieversprechen ansehe), im Gegenteil beziehe sich diese Stelle gerade auf den Fall eintretender Zahlungsunfähigkeit des Z. und sei daher besonders geeignet gewesen, den Kläger zur Vorsicht zu mahnen.

Dieser eigentümliche Gedankengang vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht einzusehen, warum bei einer anerkanntermassen wichtigen und durchaus geschäftsmässigen Besprechung derartige Erklärungen eines mitinteressierten Teil-

Augenblick die weitgehendste Haftung für objektiv richtige Ratserteilung übernimmt.

Ist daher das Einstehenwollen des Ratgebers für die objektive Richtigkeit des erteilten Rates einwandfrei festgestellt worden, so muss diese Ratserteilung ohne weiteres als eine vertragliche betrachtet werden. Das Verhalten des Auskunftgebers ist so schlüssig und wäre andernfalls so widerspruchsvoll, dass eine andere Lösung gar nicht in Betracht fällt.

Ist daher die Uebernahme der Haftung schlechtweg festgestellt, so ist auch nicht weiter zu untersuchen, ob eine unerlaubte Handlung auf Seiten des Auskunftgebers vorliegt; denn seine Auskunfterteilung ist auf alle Fälle eine auf vertraglicher Basis beruhende.

Die auf solche Weise übernommene Haftung entspricht in gewissem Sinn der Kausalhaftung, indem nur die Haftungsübernahme und die Entstehung eines Schadens infolge Unrichtigkeit der erteilten Auskunft nachgewiesen werden muss und sich die Untersuchung praktisch vollständig erübrigt, ob die Auskunftserteilung eine vertragliche oder eine ausservertragliche war. Die Erteilung der Auskunft charakterisiert sich als schadenbringendes Ereignis von bloss tatsächlicher Bedeutung; rechtlich relevant ist einzig die Haftungsübernahme, der Schaden und der Kausalzusammenhang zwischen der erteilten unrichtigen Auskunft und dem schadenbringenden Handeln des Auskunftnehmers.

Dies schliesst nicht aus, dass für die H ö h e des Schadenersatzes auch noch weitere Momente zu berücksichtigen sind, so besonders ein Mitverschulden des geschädigten Auskunftnehmers, das z. B. in der ungenauen Befolgung der erteilten Auskunft liegen kann.

---

nehmers so ohne weiteres bedeutungslos sein sollten. Dem BGer mag darin beigestimmt werden, dass eine Bürgschaftsverpflichtung nicht vorlag. Keinenfalls aber durfte die Klage mit der blossen Begründung abgewiesen werden, die erwähnten Aeusserungen, sofern sie wirklich so gefallen sind, seien zu unbestimmt, um verbindlich zu sein. Es ist nicht zu vergessen, dass die gewöhnlichen Parteien in geschäftlichen Besprechungen nicht in streng juristischen Ausdrücken zu sprechen pflegen und — wenn auch ein sehr strenger Massstab an die Ernsthaftigkeit von derartigen Aeusserungen angelegt werden muss — so ist hier doch nicht begreiflich, warum eine derartige Aeusserung in einer geschäftlichen Besprechung und vor mehreren Zeugen getan, der Ernsthaftigkeit entbehren sollte.

Wenn auch anerkannt werden soll, dass in der Tatsache, dass der Kläger sich zur Hauptsache für sein späteres Verhalten einzig auf diese Besprechung stützte und nicht noch weitere Erkundigungen einzog, ein erhebliches Mitverschulden des Klägers erblickt werden muss, so müsste doch die Haftbarkeit des Beklagten hier grundsätzlich bejaht werden und zwar aus dem Gesichtspunkt der übernommenen Garantie. Vergl. einen ähnlichen, aber weniger deutlichen Fall in BlHE XIV, 272.

2. Die Beschränkung der gesetzlich gegebenen Haftung für Verschulden.

Im Verkehr weit häufiger als die soeben besprochene Erweiterung der Haftung erfolgt deren Beschränkung oder ihr Ausschluss durch Verwendung der sog. Verwahrungsklauseln, wie «ohne Obligo», «ohne Garantie», «ohne Präjudiz» usw. Durch Verwendung derartiger Klauseln will der Auskunftgeber zum vorneherein gegen seine Haftbarmachung für den aus der erteilten Auskunft möglicherweise entstehenden Schaden protestieren und seine Haftpflicht gänzlich, oder wenigstens soweit, als gesetzlich möglich, ausschliessen. Es fragt sich daher, wie weit solche Klauseln materielle und formelle Gültigkeit besitzen, wobei wieder ihre Wirksamkeit einerseits bei vertraglicher, andererseits bei ausservertraglich erteilter Auskunft zu prüfen ist.

A. Bei vertraglich erteilter Auskunft.

Gemäss Art. 99 OR haftet der Ratgeber für jedes Verschulden. Das Gesetz gibt den Parteien jedoch die Möglichkeit, durch vertragliche Vereinbarung den gesetzlich festgelegten Umfang der Haftung für Verschulden einzuschränken, indem Art. 100 Abs. 1 OR bestimmt: «Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig.»

Daraus ergibt sich, dass im vertraglichen Verhältnis die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden kann. Für dolus und culpa lata soll der Schuldner jedoch unbedingt haften müssen, dies im Gegensatz zum gemeinen Recht und zum deutschen bürgerlichen Recht, wo der Schuldner unabänderlich bloss für Vorsatz haftet, während die Haftung sowohl für die leichte wie für die grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden kann [1].

Da das schweizerische Recht somit für den speziellen Fall des Art. 100 OR die grobe Fahrlässigkeit ausdrücklich der rechtswidrigen Absicht gleichstellt, erübrigt sich im praktischen Fall eine ins Einzelne gehende und oft schwierige, genaue Abgrenzung des dolus von der culpa lata.

---

[1] Einzig das pactum ne dolus praestetur ist nichtig; vergl. § 276 Abs. 2 BGB: «Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden».

Aus der gesetzlichen Vorschrift des Art. 100 OR ergibt sich aber auch, dass eine im Auskunftsvertrag enthaltene Vertragsbestimmung, wodurch der Auskunftgeber jegliche Haftung für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden ablehnt, nichtig ist, soweit sie mit der zwingenden Vorschrift des genannten Art. 100 OR in Widerspruch steht: durch eine derartige Parteivereinbarung, welche die Haftung für jegliches Verschulden wegbedingen möchte, wird einzig und allein die Verantwortlichkeit des Ratgebers für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Nur soweit kann angesichts der klaren Gesetzesvorschrift die materielle Gültigkeit einer derartigen Verwahrungsklausel reichen [2]).

Für die formelle Gültigkeit einer Verwahrungsklausel ist nötig, dass sie zum Vertragsbestandteil erhoben wird, d. h. sie muss von beiden Parteien genehmigt, vertraglich «verabredet» sein, wie das Gesetz sich ausdrückt. Es genügt also keineswegs eine ausserhalb des Vertrages stehende, einseitige Erklärung des Auskunftgebers des Inhalts, dass er seine Haftung ablehne, sondern der Auskunftnehmer muss mit dieser Ablehnung einverstanden sein und dieses Einverständnis ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben.

Was die Gültigkeit der Verwahrungsklauseln in den einzelnen Fällen anbelangt, bietet der Fall keine Schwierigkeit, wo der Auskunftnehmer Abonnent des Auskunftgebers ist (Informationsbureaux, Auskunftei) und die Verwahrungsklausel in den allgemeinen Abonnementsbedingungen enthalten ist. Die Erteilung jeder einzelnen Auskunft vollzieht sich dann im Rahmen dieser Bedingungen, so dass an der Gültigkeit der Verwahrungsklausel nicht gezweifelt werden kann. Auf diesem Standpunkt steht auch die Praxis [3]).

Etwas anders gestalten sich die Verhältnisse, wenn ein solcher grundlegender Vertrag nicht vorliegt, sondern bloss eine einzelne Auskunft auf vertraglicher Basis erteilt wird; der regelmässige Vorgang wird der sein, dass der Auskunftnehmer den Auskunftgeber um eine Auskunft ersucht, dieser sie erteilt und gleichzeitig mit der Erteilung seine Haftung einschränkt, indem er der erteilten Auskunft die Verwahrungsklausel beifügt oder vorausgehen lässt.

In diesem Falle muss das Ersuchen um Auskunft von Seiten des Auskunftnehmers als Offerte zum Abschluss eines Auskunftvertrages angesehen werden, oder aber als Aufforderung an den Ratgeber, sei-

---

[2]) Vergl. einen Fall der versuchten Wegbedingung der Haftung für jedes Verschulden BlZüR. V. S. 301.

[3]) So in den Fällen in BlZüR. VII S. 314; XII S. 359; 28 S. 108; BGE 38 II 604.

nerseits Offerte zu stellen. Im erstgenannten Falle bedeutet die Auskunfterteilung unter Haftungsbeschränkung von Seiten des Auskunftgebers eine Ablehnung des vom Auskunftnehmer gestellten Vertragsantrages, verbunden mit einem neuen Antrag von Seiten des Auskunftgebers, der hinsichtlich des Haftungsumfanges von demjenigen des Auskunftnehmers abweicht [4]). Nimmt der Auskunftnehmer diese Offerte mit eingeschränkter Haftung des Auskunftgebers ohne weiteres an, so ist dadurch der Auskunftvertrag gültig durch konkludente Handlung geschlossen und die Verwahrungsklausel zum Vertragsbestandteil erhoben worden.

Dasselbe gilt, wenn das Ersuchen um Auskunft von Seiten des Auskunftsuchenden als blosse Aufforderung zur Stellung einer Vertragsofferte betrachtet wird. Die der Auskunfterteilung beigefügte Verwahrungsklausel bildet einen Bestandteil der Offerte, und, sofern der Auskunftnehmer die erteilte Auskunft ohne Widerspruch bezüglich des Haftungsumfanges entgegennimmt, wird die Klausel zu einem Bestandteil des stillschweigend oder ausdrücklich abgeschlossenen Vertrages.

Daran kann nichts ändern, dass in beiden Fällen — einmal bei der Annahme der Offerte des Auskunftnehmers, das andere Mal in der Offertenstellung selber — zugleich die Erfüllung des Vertrages liegt. Die Auskunft oder der Rat wird vom Auskunftgeber eben nur unter der Bedingung der Haftungseinschränkung erteilt und, da der Ratgeber bis zum Moment der erfolgenden Raterteilung noch in keiner Weise vertraglich gebunden ist, kann er diese Erteilung noch an beliebige Vertragsbedingungen knüpfen. Andererseits gilt genau dasselbe für den Auskunftnehmer: Im Moment, wo er die unter Haftungsausschluss erteilte Auskunft erhält, ist er höchstens noch an seine Offerte gebunden. Da aber in der Einschränkung seiner Offerte durch den Auskunftgeber deren Ablehnung liegt, wird der Auskunftnehmer somit wieder völlig frei und kann die nunmehr vom Auskunft g e b e r neu gestellte Offerte beliebig annehmen oder ablehnen. Nimmt er die erteilte Auskunft samt Verwahrungsklausel widerspruchslos entgegen, so hat er sich stillschweigend auch mit dieser Klausel einverstanden erklärt.

Diese Ueberlegungen ergeben sich ohne weiteres aus den allgemeinen Grundsätzen über Stellung und Annahme von Offerten, d. h. aus den allgemeinen Grundsätzen über den Vertragsschluss. Es muss

---

[4]) Vergl. v. T u h r OR I, § 24 IV S. 166; O s e r - S c h ö n e n b e r g e r N. 7 und 10 Vorbem. zu Art. 3—10 OR.

daher anerkannt werden, dass in den sehr häufigen Fällen, wo einer auf Anfrage erteilten Auskunft bei ihrer Erteilung eine Verwahrungsklausel beigefügt wird, diese Klausel volle formelle und materielle Gültigkeit besitzt, sofern die übrigen Voraussetzungen eines gültigen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsschlusses vorliegen.

B. Bei ausservertraglich erteilter Auskunft.

Das Gesetz (OR Art. 100) enthält eine ausdrückliche Bestimmung über die Beschränkung oder Wegbedingung der Haftung einzig für Vertragsverhältnisse; dies ergibt sich schon aus der systematischen Stellung des Art. 100 OR im Abschnitt, der die Folgen der Nichterfüllung einer Obligation regelt: Nachdem in Art. 97 OR grundsätzlich festgelegt worden ist, dass der Schuldner bei nicht gehöriger Erfüllung seiner Verbindlichkeiten Schadenersatz zu leisten habe, wird in Art. 99 Abs. 1 OR der Umfang dieser Haftung bestimmt und im Anschluss daran in Art. 100 OR erklärt, dass durch eine zum voraus getroffene Verabredung das Mass dieser Haftung nur auf rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden könne.

In der Tat hatte der Gesetzgeber keine zwingende Veranlassung, eine gleiche oder ähnliche Bestimmung auch in Bezug auf die Beschränkung der Haftung in ausservertraglichen Schädigungsfällen im Gesetz aufzunehmen. Das Charakteristische der ausservertraglichen Schadenszufügung liegt regelmässig gerade darin, dass erst infolge und durch diese Schädigung die Parteien miteinander in rechtlich relevante Beziehungen treten und zwischen ihnen eine Obligation entsteht, während sie sich vor Eintritt der Schädigung möglicherweise völlig fremd gewesen sind. Eine Beredung über die Schadenstragung zwischen dem nachmaligen Schädiger und dem Geschädigten ist praktisch schon aus diesem Grunde meistenteils ausgeschlossen und auch dadurch, dass ein Schaden in der Regel gar nicht in den Bereich der Wahrscheinlichkeit gezogen wird, da zwischen den sich fremd gegenüberstehenden Personen regelmässig keinerlei Beziehungen vorliegen, aus denen sich möglicherweise eine Schädigung der einen Partei ergeben könnte. Welche Person der Automobilist überfahren wird, weiss er regelmässig vor Antritt seiner Fahrt noch nicht; rechtliche Beziehungen zu dieser noch unbestimmten Person ergeben sich erst im Moment des Unfalles.

Nun gibt es aber Lebensverhältnisse, wobei zwei Personen miteinander in Beziehungen treten, ohne dass sich diese Beziehungen

zu einem Vertragsverhältnis verdichten [1]). Solche Verhältnisse ergeben sich insbesondere aus dem rein gesellschaftlichen Verkehr, so regelmässig, wenn jemand einem Anderen aus blosser Gefälligkeit Rat oder Auskunft erteilt, ebenso z. B., wenn jemand durch einen Automobilfahrer aus Gefälligkeit zum Mitfahren eingeladen wird. Es liessen sich noch weitere Beispiele anführen; allen aber ist gemeinsam, dass ein Vertragsschluss nicht erfolgt und die Parteien auch niemals die Absicht oder die Ueberzeugung haben, dass sie sich vertraglich gebunden hätten. Wohl aber sind sie miteinander in nähere Beziehungen getreten, aus welchen sich ohne weiteres die Möglichkeit einer Schädigung der einen oder anderen Partei ergeben kann, was die Parteien zudem auch leicht voraussehen können. Tritt in einem solchen Verhältnis dann tatsächlich ein Schaden auf Seiten einer Partei ein, so unterliegt dessen Liquidation mangels eines Vertragsverhältnisses den Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen. Etwas anderes ist nicht denkbar.

Es ist nun möglich, dass in einem solchen Verhältnis diejenige Partei, die ganz besonders mit der Möglichkeit einer Beschädigung der andern Partei rechnen muss — also der Fahrzeuglenker, der jemanden aus Gefälligkeit zum Mitfahren eingeladen hat und der aus Gefälligkeit Auskunft Gebende — eine Haftpflicht für eine derart mögliche Beschädigung ausdrücklich und bestimmt ablehnt. Es fragt sich nun, ob und inwieweit eine solche Beschränkung oder Wegbedingung der Haftung im ausservertraglichen Verhältnis Gültigkeit besitzen kann.

Es ist bereits versucht worden, eine derartige Beschränkung der Haftung aus Delikt mit Billigkeitserwägungen [2]) oder durch analogieweise Anwendung der Grundsätze über die Haftungsbeschränkung im vertraglichen Verhältnis [3]) zu begründen und zu erklären. Damit wird jedoch der Kern der Sache nicht getroffen.

Es ist davon auszugehen, dass eine Schadenersatzpflicht im ausservertraglichen Auskunftsverhältnis nur begründet sein kann, sofern eine unerlaubte d. h. eine schuldhaft widerrechtliche Handlung vorliegt. Die Widerrechtlichkeit wird nun aber in vielen Fällen dann aufgehoben, wenn der Geschädigte zum vorneherein in die schädigende Handlung eingewilligt hat. Volenti non fit iniuria! Allerdings gibt es eine Reihe von Lebensgütern, auf welche gar nicht (z. B. auf das Leben) oder nur zum Zwecke der Erreichung gewisser höherzuwertender Ziele verzichtet

---

[1]) Aehnlich Rieser S. 63.
[2]) Thibault, S. 224, 225.
[3]) Rieser, S. 64.

werden kann (so z. B. auf die körperliche Integrität bei ärztlichen Operationen zum Zwecke der Erhaltung des Lebens oder der Gesundheit, oder bei sportlichen Wettkämpfen zum Zwecke der körperlichen Ertüchtigung [4]). Eine Einwilligung des zu Verletzenden in die Vernichtung oder Beschädigung dieser Lebensgüter könnte daher die Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung gar nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen aufheben.

Anders hingegen beim Vermögen. Es dürfte unbestritten sein, dass auf das Vermögen in bestimmten Grenzen verzichtet werden kann [4]), und dass somit infolge der Einwilligung in eine das Vermögen schädigende Handlung diese Handlung zu einer rechtmässigen, erlaubten Handlung wird [5]). Fehlt aber die Widerrechtlichkeit, indem die an und für sich unerlaubte Handlung infolge der Einwilligung im speziellen Fall zu einer erlaubten geworden ist, so kann von Schadenersatz auf Grund der Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen nicht mehr die Rede sein.

Diese aus der allgemeinen Theorie über die unerlaubten Handlungen sich ergebenden Folgesätze [6]), lassen sich nun ohne grosse Mühe auf diejenigen Fälle der ausservertraglichen Auskunftserteilung anwenden, in denen der Auskunftgeber seine Haftung abgelehnt hat.

Sollte nämlich der Auskunftnehmer nicht schon ohnehin wissen, dass bei Befolgung von fast jeder Auskunft die Möglichkeit einer Schädigung seines Vermögens vorhanden ist, so wird er bei der ausdrücklichen Ablehnung der Haftung für Schadenersatz erst noch durch den Auskunftgeber besonders auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht. Der Auskunftgeber erteilt ja seine Auskunft «ohne Garantie», «ohne Obligo», «ohne Verantwortlichkeit»; d. h. er will nicht haften, was dem Auskunftempfänger mit aller wünschbaren Deutlichkeit sagt, dass der Auskunftgeber einen Schaden in den Bereich der Möglichkeit gezogen hat. Diese Möglichkeit liegt zudem von vorneherein in der Natur fast jeder Rat- und Auskunfterteilung. Nimmt aber der Auskunftempfänger trotz dieses ihm bekannten Umstandes die Auskunft entgegen und befolgt sie, so muss angenommen werden, dass er stillschweigend in eine mögliche Vermögensschädigung eingewilligt habe, da ihm ja diese

---

[4]) Oser-Schönenberger, N. 22 zu Art. 41 OR.

[5]) Es gestattet z. B. jemand einem anderen, ausnahmsweise durch sein bebautes Wies- oder Ackerland zu gehen oder zu fahren.

[6]) Vergl. v. Tuhr OR I, § 46 IV Zif. 3 und 4 S. 333 und die dort cit. Literatur und Praxis.

Möglichkeit einer Schadenszufügung von vorneherein bewusst gewesen ist.

Diese Annahme einer stillschweigenden Einwilligung rechtfertigt sich bei der Auskunfterteilung in ganz besonders hohem Masse, da erstens eine Vermögensbeschädigung auf Seiten des Auskunftnehmers nicht mit Sicherheit eintritt, sondern bloss möglich, regelmässig nicht einmal wahrscheinlich ist, und ferner diese bloss mögliche Schädigung nicht durch die Auskunftserteilung direkt verursacht wird, sondern erst mittelbar dadurch, dass der Auskunftnehmer entsprechend der erhaltenen Auskunft gehandelt hat. Er hat es also noch nach Erteilung des Rates d. h. nach Eintritt des möglicherweise schadenbringenden Vorganges in der Hand, einen Schaden zu verhüten, indem er die betreffende Handlung gar nicht vornimmt, wenn ihm das Risiko eines möglichen Schadens zu gross erscheint.

Nun fragt es sich allerdings sogleich wieder, wieweit eine einmal als vorhanden angenommene Einwilligung wirksam ist, d. h. ob sie sich auch auf Schädigungen bezieht, die absichtlich oder grob fahrlässig durch den Auskunftgeber herbeigeführt worden sind. In der Regel werden die Parteien darüber keine Abmachungen treffen, indem der Auskunftgeber regelmässig bloss eine der gebräuchlichen Verwahrungsklauseln anwenden wird und der Auskunftempfänger diese so annimmt, ohne seine (stillschweigende) Einwilligung ausdrücklich zu beschränken, z. B. auf Fälle f a h r l ä s s i g unrichtig erteilter Auskunft. Der Parteiwille ist in dieser Hinsicht also unklar. Die Annahme erscheint jedoch gerechtfertigt, dass der Auskunftnehmer niemals in eine grob fahrlässige Schädigung seines Vermögens einwilligen wollte, noch weniger natürlich in eine absichtlich herbeigeführte Schädigung. Er erhofft und erwartet vielmehr auch im ausservertraglichen Verhältnis eine in guten Treuen, eine nach bestem Wissen und Gewissen und nicht leichtfertig erteilte Auskunft und zu dieser Erwartung ist er gemäss den Grundsätzen über die Herrschaft von Treu und Glauben im Verkehr auch berechtigt. Mangels einer besonderen Parteiberedung muss daher angenommen werden, dass die vom Auskunftnehmer stillschweigend erteilte Einwilligung sich nicht auch auf grob fahrlässige oder gar absichtliche Vermögensbeschädigungen bezieht, sondern entsprechend der materiellen Tragweite der Verwahrungsklauseln im vertraglichen Verhältnis bloss auf Schädigungen, die durch leichte Fahrlässigkeit des Auskunftgebers verursacht worden sind. Eine weitergehende Vereinbarung müsste als gegen die guten Sitten verstossend und daher als nichtig be-

trachtet werden müssen (Art. 20 OR) [7]. Auf diesem Standpunkt steht auch durchaus die Praxis, soweit sie sich mit dieser Frage bisher zu befassen hatte [8].

Nach diesen Ausführungen erscheint der Schluss als gerechtfertigt, dass bei der ausservertraglichen Rat- und Auskunftserteilung die Anwendung der Verwahrungsklauseln dieselbe materielle Wirkung hat, wie bei der vertraglich erteilten Auskunft; der ausservertraglich Rat und Auskunft Erteilende haftet bloss für den Schaden, der durch seine grob fahrlässig oder absichtlich unrichtig erteilte Auskunft entstanden ist.

---

[7] Vergl. dazu Oser-Schönenberger, N. 31 zu Art. 20 OR.

[8] So in dem Falle, wo der Automobilfahrer aus Gefälligkeit einem Fussgänger das Mitfahren gestattet, dabei aber seine Haftung zum vorneherein abgelehnt hat: ZBJV. 61. 432 ff (S. 433): «Abgesehen davon wäre der Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit, weil gegen die guten Sitten verstossend, ungültig. Für die vertragsmässige Haftung ist dies in Art. 100 OR ausdrücklich bestimmt, es beansprucht aber aus dem angegebenen Grunde auch Geltung für die ausservertragliche Haftung». Diese Praxis müsste sinngemäss auch für die ausservertraglich unter Haftungsablehnung erfolgende Rat- und Auskunftserteilung gelten.